

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7912 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Sky Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ottavio Grandinetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, p.zza delle Muse, 8;

contro

Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici è domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Ministero dello Sviluppo Economico Dipartimento – Comunicazioni, in persona del Ministro p.t., non costituito;

nei confronti di

Rti - Reti Televisive Italiane Spa, in persona del legale rappresentante p.t., Napoli Canale 21 Srl, in persona del legale rappresentante p.t., Radio Tv Parma Spa, in persona del legale rappresentante p.t., non costituite; Società Mtv Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., Società Telecom Italia Media Spa, in persona del legale rappresentante p.t., entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Annalisa D'Urbano, Beniamino Caravita Di Toritto, Francesca

Pace e Luca Sabelli, con domicilio eletto presso Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

e con l'intervento di

ad

adjuvandum:

Canale 10 s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Barneschi, con domicilio eletto presso Gianluca Barneschi in Roma, via Panama, 77;

ad

opponendum:

Associazione Italiana Per Lo Sviluppo del Digitale Terrestre, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Chiola e Giuseppe Rossi, con domicilio eletto presso Claudio Chiola in Roma, via della Camilluccia, 785;

Associazione Aeranti-Corallo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Badanai e Mauro Maiolini, con domicilio eletto presso Andrea Badanai in Roma, corso di Francia, 182;

Rai – Radiotelevisione Italiana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Paolo Iossa, con domicilio eletto presso Francesco Paolo Iossa in Roma, viale Mazzini, 14;

HSE24 s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Borghi e Mariano Protti, con domicilio eletto presso Mariano Protti, in Roma, via Maria Cristina, 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

con il ricorso introduttivo:

a) della deliberazione n. 366/10/Cons e del suo Allegato A, recanti: "Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a

pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo";

b) del Bando con i relativi allegati, adottato dal Capo Dipartimento Comunicazioni – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione del Ministero dello Sviluppo Economico, per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche già digitalizzate;

c) del Bando con i relativi allegati, adottato dal Capo Dipartimento Comunicazioni – Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione del Ministero dello Sviluppo Economico, per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre relativamente alle aree tecniche da digitalizzare nel corso del 2010;

d) di ogni altro atto comunque connesso, compresa, ove occorre possa, la delibera n. 122/10/Cons con i relativi allegati, adottata dall'Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni il 16 aprile 2010;

con motivi aggiunti, depositati il 27.12.2010 e il 10 gennaio 2011:

1) della determina adottata in data 22 novembre 2010 dal Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico;

2) della determina adottata in data 24 novembre 2010 dalla Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e Radiodiffusione del Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico, con cui è stata attribuita alla ricorrente la numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre per la diffusione in ambito nazionale per il canale "Cielo", nonché della relativa nota ministeriale di trasmissione alla ricorrente prot. III/82602 in pari data;

3) dell'atto integrativo dell'allegato 1 della determina del 24 novembre 2010, recante l'aggiunta delle numerazioni automatiche ulteriori dei canali/marchi della ricorrente, adottato il 6 dicembre 2010 dalla Direzione Generale per i Servizi di

Comunicazione Elettronica e Radiodiffusione del Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico, nonché della relativa nota ministeriale di trasmissione alla ricorrente prot. III/87181 in pari data;

4) ove occorra, di tutte le graduatorie/elenchi/piani eventualmente approvati, anche per singole aree tecniche, dal Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo Economico, per le aree da digitalizzare e già digitalizzate, di cui non si conoscono né l'effettiva esistenza, né i contenuti; nonché, ove occorra, di tutti i provvedimenti e atti adottati per l'attribuzione, anche per singole aree tecniche, delle numerazioni automatiche in favore dei canali/marchi che precedono le numerazioni assegnate alla ricorrente;

5) delle note con cui l'Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni avrebbe reso chiarimenti circa le modalità di applicazione della delibera n. 366/10/Cons;

6) di ogni altro atto connesso e/o presupposto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni;

Visto l'atto di intervento *adadjuvandum* di Canale Dieci Spa

Visti gli atti di intervento *ad opponendum* spiegati da: Associazione Italiana per lo sviluppo del digitale terrestre, Aeranti-Corallo, Mtv Italia Srl, Telecom Italia Media Spa, Rai – Radiotelevisione Italiana spa e HSE24 spa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il I ref. Rosa Perna;

Uditi l'avv. Grandinetti per la ricorrente, gli avv.ti A. D'Urbano, B. Caravita di Toritto, F. Pace per Mtv Italia srl e Telecom Italia Media spa, gli avv.ti C. Chiola e G. Rossi per l'Associazione Italiana per lo sviluppo del digitale terrestre, l'avv. M.

Maiolini per Aeranti-Corallo, l'avv. Giuliano Boschetti, in sostituzione dell'avv. G. Barneschi, per Canale Dieci spa, l'avv. M. Protto per HSE24 spa;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Sky Italia s.r.l. (di seguito, anche “Sky”) rappresenta di essere titolare di autorizzazione alla fornitura di programmi televisivi destinati alla diffusione in tecnica digitale su frequenze terrestri in chiaro, in ambito nazionale, ai sensi dell’art. 16 del D.lgs 31 luglio 2005, n. 177 (recante il *Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, di seguito “Testo unico” ovvero “T.U.”) e degli artt. 2 e segg. della delibera n. 435/01/Cons dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito, anche “Autorità” ovvero “Agcom”) che ha approvato il Regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale.

In forza di tale autorizzazione, l’odierna esponente diffonde dal dicembre 2009 il canale televisivo nazionale in chiaro denominato “Cielo”, per il tramite dell’operatore di rete digitale terrestre Rete A s.p.a.; “Cielo” è asseritamente un “canale generalista” e come tale è stato qualificato nella domanda diretta ad ottenere la predetta autorizzazione, che il competente Ministero ha rilasciato il 15 dicembre 2009.

In occasione del procedimento di riordino delle emittenze a livello nazionale con la tecnologia del digitale terrestre, la società Sky constatava - sia dallo schema di Regolamento LCN (*Logical Channel Numbering* od ordinamento automatico dei canali) sottoposto a consultazione pubblica con la delibera Agcom n. 122/10/Cons, sia dal *Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre*, approvato definitivamente dall’Autorità con delibera n. 366/10/Cons del 10 agosto 2010, nonché dai Bandi pubblicati dal Ministero - che l’LCN veniva disciplinato in modo da creare una illegittima disparità di trattamento tra i vari

soggetti autorizzati alla diffusione in tecnica digitale terrestre di canali nazionali generalisti, avendo l'Autorità riservato le prime nove posizioni dell'ordinamento automatico dei canali ai soli canali generalisti nazionali già trasmessi in tecnica analogica, che pertanto venivano a godere, rispetto ai canali generalisti nazionali non ex-analogici (come l'odierna esponente), dell'ulteriore esclusivo privilegio di essere gli unici a possedere sull'LCN una posizione corrispondente ad una sola cifra.

La società Sky inoltre rilevava tutta una serie di ulteriori illegittimità, anche di carattere procedimentale che, a suo dire, viziavano radicalmente i provvedimenti in questione e in ogni caso riducevano illegittimamente le *chances* di attribuzione alla stessa di una posizione favorevole nell'LCN.

L'odierna esponente soggiunge che il passaggio alle trasmissioni digitali attualmente rappresenta l'unica opportunità, per gli operatori *newcomers*, di ingresso nella televisione via etere terrestre e, per i cittadini, di allargamento pluralistico del panorama televisivo; e pertanto, ove trovasse applicazione la disciplina discriminatoria contenuta nel Regolamento LCN, si determinerebbe un irreparabile *vulnus* ai valori della concorrenza e del pluralismo.

In considerazione dell'importanza strategica dell'LCN dal punto di vista concorrenziale, l'Associazione DGTVi, cui aderiscono gli *incumbents* analogici, aveva raggiunto un'intesa in materia, trasmessa all'Autorità in data 17 novembre 2009. In base a tale intesa, le posizioni da 1 a 9 del primo arco di numerazione sarebbero andate ai canali generalisti nazionali (ex analogici), le posizioni da 10 a 19 e da 50 a 89 alle emittenti locali, le posizioni da 20 a 49 ai canali a diffusione nazionale non ex-analogici, e i successivi blocchi avrebbero avuto la stessa consistenza, salve alcune riserve per i canali di sole televendite, le offerte *pay* e quelle ad alta definizione (HD).

Tuttavia, all'esito dell'istruttoria aperta ai sensi dell'art. 43 del D.lgs 31 luglio 2005, n. 177, l'Agcom archiviava il procedimento in quanto il sopravvenuto d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, affidando alla stessa Autorità il compito di adottare un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, determinava l'impossibilità di dare luogo nella materia ad accordi di tipo pattizio degli operatori del settore; allo stesso tempo, l'Autorità disponeva che l'accordo notificato non potesse produrre alcun effetto, neanche di natura retroattiva, *“rilevato ... che ... da un lato non garantisce condizioni di applicabilità valide per tutti gli operatori nel settore, anche alla luce delle discordanti opinioni espresse nell'ambito dell'istruttoria da taluni partecipanti e, dall'altro, presenta alcuni profili di criticità in relazione al rispetto dei principi di pluralismo e concorrenza, tra i quali la mancata garanzia di adeguate numerazioni per soggetti nuovi entranti nel settore”*.

2. Con il ricorso in epigrafe la società si è gravata avverso la deliberazione dell'Agcom n. 366/10/Cons nonché i successivi bandi adottati dal Ministero dello Sviluppo economico per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, per i seguenti motivi:

I) Illegittimità costituzionale dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico (d.lgs n. 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dall'art. 5, comma 2, del d.lgs n. 44/2010), per violazione dell'art. 76 Cost. e degli artt. 1, 2 e 26 della legge comunitaria 2008 (legge 7 luglio 2009, n. 88): eccesso di delega legislativa; conseguente nullità dei provvedimenti impugnati; in subordine, incompetenza delle Amministrazioni resistenti e comunque illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati;

II) Violazione degli artt. 34 ss. e 56 ss. del Testo Unico nonché della direttiva 98/34/Ce; conseguente disapplicazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico e dei provvedimenti impugnati e comunque loro illegittimità derivata;

III) In subordine e salvo gravame. Violazione degli artt. 1, 3 e 7 ss. della legge n. 241/1990, della legge n. 481/1995, della legge n. 249/1997, dell'art. 11 del d.lgs 1° agosto 2003, n. 259 (recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, di seguito "CCE") e dei principi in tema di partecipazione ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità amministrative indipendenti; violazione degli artt. 26-29 della delibera n. 56/08/Cons (regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Agcom), della delibera n. 453/03/Cons e della delibera n. 278/99/Cons; eccesso di potere per contraddittorietà tra diversi provvedimenti adottati dalla stessa Amministrazione e per difetto di istruttoria;

IV) In subordine e salvo gravame. Violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico; dell'art. 3, comma 1, lett. c), della delibera n. 453/03/Cons; violazione dei principi costituzionali e comunitari di equità, proporzionalità, trasparenza e non discriminazione; violazione dell'art. 1, legge n. 241/1990; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà tra diversi provvedimenti adottati dalla stessa Amministrazione, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti; ancor più in via gradata, illegittimità comunitaria del citato art. 32, commi 2-4, del Testo Unico, per violazione dell'art. 56 del TFUE e delle disposizioni delle direttive sulle comunicazioni elettroniche di cui alla sentenza della Corte di giustizia 31 gennaio 2008, causa C 380-05; illegittimità costituzionale dello stesso art. 32, commi 2-4, per violazione degli artt. 3, 21, 41 e 136 Cost., nonché della sentenza della Corte Costituzionale n. 466/2002 ;

V) Violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico; violazione dei principi costituzionali e comunitari di equità, proporzionalità, trasparenza e non discriminazione, nonché della concorrenza e del pluralismo; violazione dell'art. 1, legge n. 241/1990; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà tra diversi provvedimenti adottati dalla stessa Amministrazione, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti; ancor più in via gradata, illegittimità

comunitaria del citato art. 32, commi 2-4, del Testo Unico per violazione dell'art. 56 del TFUE e delle disposizioni delle direttive sulle comunicazioni elettroniche di cui alla sentenza della Corte di giustizia 31 gennaio 2008, causa C 380-05; illegittimità costituzionale dello stesso art. 32, commi 2-4, per violazione degli artt. 3, 21, 41 e 136 Cost., nonché della sentenza della Corte Costituzionale n. 466/2002;

VI) In subordine e salvo gravame. Illegittimità dell'art. 11, comma 6, del Regolamento LCN (all. A alla delibera n. 366/10/Cons) per violazione dell'art. 32, comma 2, del Testo Unico; violazione dei principi costituzionali e comunitari di equità, proporzionalità, trasparenza e non discriminazione, nonché della concorrenza e del pluralismo; violazione dell'art. 1, legge n. 241/1990; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà tra diversi provvedimenti adottati dalla stessa Amministrazione, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti; violazione dei principi in tema di commerciabilità dei beni aziendali e dell'avviamento commerciale;

VII) Illegittimità dell'art. 7 del Regolamento LCN per violazione dell'art. 32, comma 2, del Testo Unico, nonché per eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e non definizione dei criteri ivi previsti;

VIII) Illegittimità dell'art. 8 del Regolamento LCN per violazione dell'art. 32, comma 2, del Testo Unico, nonché per eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, disparità di trattamento e non definizione dei criteri ivi previsti;

IX) Illegittimità dell'art. 6, comma 4, del Regolamento LCN per violazione dell'art. 32, comma 2, del Testo Unico, nonché per eccesso di potere per illogicità, irrazionalità e non definizione dei criteri ivi previsti;

X) Illegittimità del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN

nelle aree tecniche da digitalizzare nonché degli allegati ai rispettivi Bandi, derivata dall'illegittimità della delibera Agcom n. 366/10/Cons e del Regolamento LCN;

XI) In subordine. Illegittimità del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche da digitalizzare nonché degli allegati ai rispettivi Bandi, per incompetenza del Capo Dipartimento Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo economico ad adottare detti Bandi; violazione dell'art. 5 del d.lgs 30 luglio 1999, n. 300; degli artt. 18 e 20 del d.p.r. 28 novembre 2008, n. 197; dell'art. 16, comma 5, del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165;

XII) In subordine. Illegittimità dell'art. 3 del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche da digitalizzare nonché delle corrispondenti previsioni degli allegati ai rispettivi Bandi, per violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico, dell'art. 6, comma 4, del Regolamento LCN, nonché per eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità;

XIII) Sempre in subordine. Illegittimità dell'art. 4 del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche da digitalizzare nonché delle corrispondenti previsioni degli allegati ai rispettivi Bandi, per violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico, dell'art. 8, comma 2, del Regolamento LCN, nonché per eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità;

XIV) Sempre in subordine. Illegittimità dell'art. 1, comma 2, del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche da digitalizzare nonché delle corrispondenti previsioni degli allegati ai rispettivi Bandi, per violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico, dell'art. 6 del Regolamento

LCN, nonché per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà e disparità di trattamento;

XV) Sempre in subordine. Illegittimità dell'art. 1, comma 2, del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate e del Bando per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche da digitalizzare nonché delle corrispondenti previsioni degli allegati ai rispettivi Bandi, per violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico, dell'art. 6, comma 4, del Regolamento LCN, nonché per eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità. contraddittorietà e disparità di trattamento

3. Per resistere al ricorso in epigrafe si è costituita in giudizio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, odierna resistente, chiedendo il rigetto del gravame nel merito siccome infondato; non si è invece costituito il Ministero dello Sviluppo economico.

4. Nel presente giudizio si sono altresì costituiti, spiegando intervento *ad opponendum*, l'Associazione Italiana per lo Sviluppo del Digitale Terrestre, l'Associazione Aeranti-Corallo e la società RAI – Radiotelevisione Italiana s.p.a., insistendo per il rigetto del gravame nel merito.

5. Alla camera di consiglio del 7 ottobre 2010, con ordinanza collegiale n. 4434/2010, è stata respinta la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati per ritenuta carenza del requisito del *periculum in mora*.

6. Nel frattempo Sky inoltrava nei termini prescritti dai Bandi impugnati le domande di attribuzione automatica della numerazione per i canali “Cielo”, “Cielo 2”, “Sky Arte” e per i marchi “Cielo HD” e “Cielo 2 HD”, in particolare richiedendo per il marchio/palinese “Cielo” l'assegnazione di “*una numerazione automatica tra quelle spettanti ai “canali generalisti nazionali”, e comunque non oltre la posizione n. 10*” e per il marchio/palinese “Cielo 2” l'attribuzione di “*una*

numerazione automatica tra quelle spettanti ai “canali generalisti nazionali” e comunque non oltre la posizione n. 11”.

7. Successivamente con determina adottata il 22 novembre 2010 dal Capo Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo economico veniva imposto ai fornitori di servizi di media televisivi che diffondono canali generalisti nazionali e/o canali digitali terrestri a diffusione nazionale in chiaro e/o pagamento, di far transitare la propria programmazione dalla numerazione attualmente occupata a quelle previste dagli artt. 4, 6 e ss dell'all. A della delibera n. 366/10/Cons, non occupando numeri riservati ai soggetti di cui all'art. 1, comma 1 della determina.

Con successiva determina adottata in data 24 novembre 2010 dalla DGSCER del Dipartimento per le Comunicazioni del suddetto Dicastero veniva attribuita alla odierna ricorrente la numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre per la diffusione in ambito nazionale del marchio/palinsesto “Cielo”, con il seguente esito: genere semigeneralista - LCN 26.

Con ulteriore atto adottato il 6 dicembre 2010 dalla suindicata DGSCER, veniva inviata a Sky un'integrazione della determina del 24 novembre, recante l'aggiunta delle numerazioni automatiche degli ulteriori canali della ricorrente: - Cielo 2, semigeneralista, 131; - Sky arte, cultura, 144; - ulteriori servizi: Cielo HD 526, Cielo 2 HD 531, Sky Arte HD 544.

8. Con atto per motivi aggiunti, notificato il 20 dicembre 2010 e depositato il successivo 27 dicembre e il 10 gennaio 2011, la società Sky ha quindi impugnato la determina del Ministero dello Sviluppo Economico del 22 novembre 2010, la successiva determina del 24 novembre 2010 nonché l'atto integrativo adottato il 6 dicembre 2010.

Questi i motivi dedotti:

A. Illegittimità dei provvedimenti impugnati, derivata da tutti i vizi denunciati nel ricorso principale;

B. Illegittimità della determina del 22 novembre 2010 adottata dal Capo Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo economico per incompetenza; violazione dell'art. 5 del d.lgs 30 luglio 1999, n. 300; degli artt. 18 e 20 del d.p.r. 28 novembre 2008, n. 197; dell'art. 16, comma 5, del d.lgs 30 marzo 2001, n. 165;

C. Illegittimità della determina del 22 novembre 2010 adottata dal Capo Dipartimento per le Comunicazioni del Ministero dello Sviluppo economico, per la ricorrenza di tutti i vizi denunciati nei motivi dal primo al quindicesimo del ricorso principale, nonché per eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, incongruità del termine assegnato;

D. Illegittimità della determina adottata dalla DGSCER il 24 novembre 2010 e dell'atto integrativo adottato il 6 dicembre 2010, per eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, assenza dei presupposti e violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; nonché per tutti i vizi denunciati nei motivi quarto e quinto del ricorso principale, da intendersi qui tutti trascritti;

E. Illegittimità della determina adottata dalla DGSCER il 24 novembre 2010 e dell'atto integrativo adottato il 6 dicembre 2010, per violazione dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico e dell'art. 11, comma 9, del Regolamento LCN; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà; in subordine e salvo gravame, illegittimità dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico e dell'art. 11, comma 9, del Regolamento LCN, per contrasto con gli artt. 3, 41 e 98 Cost.; illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati.

9. Con ordinanza collegiale n. 1208 del 27 gennaio 2011 la Sezione ha disposto a carico della parte ricorrente, a norma dell'art. 27, comma 2, del D.lgs 2 luglio 2010,

n. 104 (recante il *Codice del processo amministrativo*, di seguito: c.p.a.), l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti – ulteriori rispetto a quelli già evocati o comunque intervenuti nel presente giudizio – i quali, per effetto degli atti impugnati con il gravame in epigrafe, risultassero assegnatari di posizioni nell'ambito della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre e pertanto assumessero la veste di controinteressati rispetto alla pretesa azionata dalla stessa ricorrente; in data 2 maggio 2011 la ricorrente depositava la prova dell'avvenuto adempimento istruttorio.

10. Frattanto con atto di intervento *ad opponendum* si sono altresì costituite Telecom Italia Media SpA e MTV Italia Srl, entrambe chiedendo il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti siccome infondati nel merito; in via pregiudiziale, hanno sollevato l'eccezione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per difetto di contraddittorio, in dipendenza della mancata notificazione dei suddetti atti alle stesse intervenienti, quali soggetti controinteressati all'accoglimento del gravame, stante la circostanza che le emittenti nazionali costituiscono un *numerus clausus* chiaramente identificabile a priori e che, in ogni caso, Telecom Italia ed MTV si pongono come figure processuali necessarie avendo ottenuto l'assegnazione dei numeri 7 e 8 della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre.

11. Nel presente giudizio si è costituita altresì Canale dieci s.p.a. spiegando intervento *ad adjuvandum* per chiedere l'accoglimento del gravame e, per l'effetto, l'annullamento degli atti con esso impugnati.

12. Si è costituita infine la società HSE24 s.p.a., per chiedere la reiezione del ricorso siccome infondato nel merito.

13. In vista della udienza di merito, le parti hanno depositato memorie riproponendo le rispettive difese.

14. Alla Pubblica Udienza del 14 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione; nella discussione in camera di consiglio il Collegio si riservava, rinviandone la decisione alla camera di consiglio del 6 ottobre 2011 e, in prosecuzione, del 3 novembre 2011.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe ed atto per motivi aggiunti viene impugnata la delibera dell'Agcom n. 366/10/Cons (di seguito, anche "Delibera"), con gli atti connessi, relativa al *"Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo"*, nonché i relativi bandi adottati ai sensi dell'art. 10, commi 4 e 5, della suddetta deliberazione; sono poi impugnati gli atti di concreta assegnazione alla ricorrente delle posizioni della numerazione automatica dei canali in relazione al canale "Cielo" e agli ulteriori marchi/palinsesti di Sky; viene infine contestata anche la mancata assegnazione di posizioni richieste.

2. Come noto, e rilevato dalle parti nella discussione orale, questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi su precedente ricorso avente ad oggetto la medesima delibera n. 366/10/Cons, con sentenza n. 5633/11 del 24 giugno 2011.

In detta decisione è stato ampiamente evidenziato l'iter normativo e procedimentale che ha condotto alla deliberazione qui impugnata e che in questa sede, a fini di un corretto inquadramento della problematica, appare utile riproporre.

2.1. Con legge n. 88 del 2009 (legge comunitaria per il 2008), il legislatore ha delegato il Governo a rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva n. 2007/65/CE, che realizzava la seconda riforma, dopo quella del 1997, dell'impianto normativo comunitario in materia di radiodiffusioni televisive.

La delega è stata esercitata con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, che ha inciso profondamente sul d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, ridenominato *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*.

In particolare, e per quanto in questa sede rileva, l'art. 32 del Testo Unico, come modificato, ai commi 2 e 3 prevede che “fermo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale nonché la possibilità per gli operatori di offerta televisiva a pagamento di introdurre ulteriori e aggiuntivi servizi di guida ai programmi e di ordinamento canali”, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni “al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, adotta un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, e stabilisce con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri a fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre”.

Quindi, la predetta disposizione indica i principi che governano l'attribuzione delle numerazioni, che possono così riassumersi: a) garanzia della semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; b) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali; c) ripartizione della numerazione in base ai generi di programmazione tematici (semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite); d) individuazione di numerazioni specifiche per i servizi di media audiovisivi a pagamento; e) possibilità, tramite accordi, di scambio della numerazione all'interno di uno stesso genere, previa comunicazione alle autorità amministrative competenti; f) revisione del piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato, sentiti i soggetti interessati.

2.2 Sulla base di tale previsione normativa l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha avviato un procedimento volto all'adozione del regolamento previsto dall'art. 32 del Testo Unico; in particolare, con delibera n. 122/10/Cons del 16 aprile 2010, l'Agcom, “*stante la particolare novità e rilevanza della materia oggetto di*

regolamentazione, nonché al fine di approfondire gli aspetti relativi alle abitudini e preferenze degli utenti”, ha aperto una consultazione pubblica sullo schema di provvedimento recante il *"Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e relative condizioni di utilizzo"*, dando il termine di 15 giorni alle parti interessate per far pervenire eventuali osservazioni in merito allo schema di provvedimento.

2.3 Nell’ambito di tale procedimento istruttorio l’Autorità, oltre ad aver acquisito contributi scritti ed audizioni da una numerosa platea di soggetti (operatori nazionali e locali, associazioni rappresentative di emittenti e di consumatori, nonché enti locali), considerato che erano emerse opinioni divergenti quanto all’arco delle numerazioni da utilizzare soprattutto in riferimento ai canali compresi tra 1 e 10 (e, al loro interno, all’attribuzione dei numeri 8 e 9 alle emittenti locali e regionali), ha commissionato un’apposita indagine di mercato avente ad oggetto lo studio delle abitudini e delle preferenze degli utenti nella sintonizzazione dei canali della televisione analogica e digitale terrestre sul telecomando, e ciò, in aderenza ai criteri stabiliti dal legislatore, volti ad enucleare le *“abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali”*, nonché a salvaguardare *“adeguati spazi nella numerazione che valorizzino la programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio”* (art. 32, comma 2, lett. b) e c), del Testo Unico).

Dall’indagine effettuata dalla società Demoskopea s.p.a, risultata aggiudicataria del servizio nell’ambito della procedura ad evidenza pubblica avviata con delibera n. 220/10/Cons dell’11 maggio 2010, sono emersi complessivamente i seguenti risultati:

- circa il 70% degli utenti si è organizzato per vedere le trasmissioni in digitale terrestre, acquistando un decoder o un televisore con decoder integrato;

- coloro che possiedono un decoder/televisore integrato sembrano continuare a vedere la televisione anche in modalità analogica (circa il 59% utilizza entrambi i telecomandi);
- in relazione al sistema analogico, la sintonizzazione dei canali vede nelle prime posizioni le reti nazionali e dalla nona posizione in poi le reti locali;
- in relazione al sistema digitale terrestre, i canali memorizzati sul telecomando dalla prima all'ottava posizione sono sostanzialmente identici a quelli sintonizzati sul telecomando dell'analogico. Sebbene dall'ottava posizione in poi si evidenzia una concentrazione più elevata, rispetto alle prime posizioni, dei canali locali, è da notare che le reti memorizzate si riferiscono ad emittenti più recenti introdotte proprio con l'avvento del digitale terrestre;
- una percentuale significativa di essi (ben il 57%) ha ordinato i programmi secondo le proprie preferenze;
- l'avvento del digitale terrestre non ha modificato (50%) o ha modificato solo parzialmente (30%) l'impostazione dei canali rispetto a quanto avveniva precedentemente.

2.4 Al termine della consultazione è stata approvata la delibera n. 366/10/Cons, gravata in via principale nell'odierno giudizio, con la quale è stato definito, come più volte detto, il *Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre (in chiaro e a pagamento)*, sono state stabilite le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e sono state previste, infine, le relative condizioni di utilizzo.

In virtù del nuovo ordinamento automatico dei canali è stato definito un canale di segnalazione tramite il descrittore *Lcd (Logical Channel Descriptor)*, nel quadro della c.d. *Service Information (Dvb-Si)*, che consente di comunicare ai ricevitori la posizione da assegnare ad un canale sul telecomando; pertanto, i ricevitori destinati

alla ricezione dei programmi digitali terrestri sono dotati di una funzionalità che consente la visualizzazione della lista di tutti i canali nazionali e locali e della relativa numerazione assegnata: tale meccanismo di preselezione automatica dei canali, tuttavia, nel caso di preferenza da parte del singolo utente per un ordine progressivo differente, consente la disattivazione della presintonizzazione automatica e il posizionamento delle emittenti su altra numerazione del telecomando (art. 2).

2.5 Il Piano di numerazione automatica è organizzato sulla base di una numerazione aperta distinta per “archi di numerazione” costituiti da blocchi consecutivi di 100 numeri.

Per quanto concerne l'attribuzione della numerazione alle emittenti, nell'Allegato A alla delibera n. 366/10/Cons (Regolamento LCN) si prevede, sommariamente, che:

- ai canali generalisti nazionali (ex analogici) sono attribuiti i numeri da 1 a 9 del primo arco di numerazione e, per le emittenti che non trovano collocazione in tale sequenza di numeri, almeno il numero 20 del primo arco di numerazione (art. 4);
- alle emittenti locali vanno i numeri da 10 a 19 e da 71 a 99 del primo arco di numerazione, ripetuti con la stessa successione anche per il secondo e terzo arco di numerazione, nonché tutto il settimo arco di numerazione per le esigenze di crescita della nuova offerta digitale non *simulcast* di quella analogica (art. 5);
- ai canali digitali terrestri a diffusione nazionale in chiaro sono assegnati i numeri da 21 a 70 del primo arco di numerazione, suddivisi nei seguenti generi di programmazione: semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite (art. 6);
- alle trasmissioni differite di uno stesso palinsesto, cui è stata già attribuita una numerazione nel primo arco di numerazione, è riservata la numerazione nel

secondo e terzo arco di numerazione, con attribuzione, ove possibile, di una posizione corrispondente a quella del primo arco;

- ai servizi di media audiovisivi a pagamento sono assegnati il quarto e quinto arco di numerazione (art. 8);

- alle numerazioni per i canali diffusi in alta definizione (HD) è riservato il sesto arco di numerazione;

- alle numerazioni per i servizi radio è riservato l'ottavo arco di numerazione;

- ad ulteriori tipologie di servizi sono riservate le numerazioni successive all'ottavo arco di numerazione;

- ai servizi di sistema, quali le guide ai programmi e i canali mosaico, sono riservati i numeri 0, 100, 200, 300, 400, 500, 600, 700, 800, 900.

2.6 Quanto ai criteri con cui attribuire le numerazioni relative ai blocchi di competenza, la direttiva individua i parametri specifici cui fare riferimento, distinti a seconda delle tipologie di emittenti. Ad esempio, per i canali generalisti nazionali, *“l'attribuzione delle numerazioni è effettuata sulla base del principio del rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti”* (art. 4, comma 2); per le emittenti locali, invece, *“le numerazioni vengono attribuite, progressivamente, a partire dal numero 10, secondo la collocazione derivante dalla media dei punteggi conseguiti da ciascuna emittente nelle ultime tre graduatorie approvate dai Comitati regionali delle Comunicazioni, ai sensi del Decreto del Ministro delle Comunicazioni n. 292 del 5 novembre 2004, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento”* (art. 5, comma 4). Ai canali digitali terrestri a diffusione nazionale l'attribuzione delle numerazioni è effettuata sulla base di una suddivisione dei generi di programmazione in sottoblocchi, secondo l'ordine di cui al comma 1; nel caso di richieste superiori alla disponibilità di numeri in relazione ai generi di cui al comma 1, le numerazioni relative al genere di programmazione *“televendite”* sono collocate nel secondo arco di numerazione (art. 6, comma 2).

2.7 In ordine alle modalità di attribuzione della numerazione, infine, si prevede (art. 10, comma 1) che essa abbia luogo con separato provvedimento ministeriale, integrativo dell'autorizzazione, secondo le procedure previsti nei successivi commi:

“4. Relativamente alle aree tecniche ancora da digitalizzare il Ministero pubblica il bando per l'attribuzione delle numerazioni non oltre i sessanta giorni antecedenti la data fissata per lo switch-off dell'area tecnica interessata, invitando i soggetti ivi operanti a presentare la domanda di attribuzione della numerazione nel termine prefissato dal bando stesso. Il Ministero provvede all'attribuzione della numerazione spettante a ciascuno di essi almeno 15 giorni prima della data di switch –off”.

“5. Relativamente alle aree tecniche già digitalizzate, il Ministero pubblica il bando per l'attribuzione delle numerazioni entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento, invitando i soggetti ivi operanti a produrre la domanda di attribuzione della numerazione nel termine prefissato dal bando stesso. Il Ministero provvede all'attribuzione della numerazione spettante a ciascuno di essi entro 60 giorni dal termine per la presentazione delle domande”.

“6. Il Ministero comunica l'attribuzione dei numeri ai soggetti richiedenti e all'Autorità e li rende pubblici sul proprio sito Internet”.

3. E' necessario ancora premettere che la sentenza precitata (n. 5633/11) non ha esaminato, evidentemente in ragione del diverso *thema decidendum* segnato dalle censure sollevate in quel giudizio, tutti gli aspetti critici denunciati con il presente ricorso ed i motivi aggiunti, ed in particolare non ha scrutinato alcuna questione di costituzionalità dell'art. 32 del Testo Unico cit., né l'operatività dell'art. 11 del CCE in ordine ai termini per l'apporto partecipativo degli interessati nel procedimento *de quo*. Tali profili sono stati invece successivamente esaminati e fatti oggetto di favorevole considerazione dalla Sezione nella sentenza n. 6814/11 del 1° agosto 2011.

4. Illustrato sinteticamente il quadro complessivo nell'ambito del quale s'inseriscono gli atti impugnati, e valutati i confini delle recenti pronunce della Sezione, può ora prendersi in esame il ricorso con i motivi aggiunti.

4.1 A tal fine il Collegio deve previamente scrutinare l'eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di contraddittorio che le intervenienti *ad opponendum* Telecom Italia s.r.l. e MTV Italia s.p.a. hanno sollevato in relazione alla mancata notificazione ai medesimi soggetti, nella qualità di controinteressati in senso sostanziale, sia del ricorso introduttivo sia dell'atto per motivi aggiunti.

4.2 Va considerato che la società Sky Italia, in quanto titolare di autorizzazione alla fornitura di programmi televisivi destinati alla diffusione in tecnica digitale in ambito nazionale ed esercente il canale televisivo nazionale in chiaro denominato "Cielo", con il ricorso introduttivo si è gravata avverso la deliberazione dell'Agcom n. 366/10/Cons nonché i successivi bandi adottati dal Ministero dello Sviluppo economico per l'assegnazione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, chiedendone l'annullamento; con successivo atto per motivi aggiunti ha poi impugnato i provvedimenti ad essa attributivi della numerazione automatica per la diffusione in ambito nazionale del canale "Cielo" e degli ulteriori canali della ricorrente.

La ricorrente contesta che l'Autorità abbia riservato le prime nove posizioni dell'ordinamento automatico dei canali ai soli canali generalisti nazionali già trasmessi in tecnica analogica, i quali pertanto verranno a godere, rispetto ai canali generalisti nazionali non ex-analogici (come l'odierna esponente), dell'ulteriore esclusivo privilegio di essere gli unici a possedere sull'LCN una posizione corrispondente ad una sola cifra.

4.3 La ricorrente, pur lamentando l'illegittimità dell'assegnazione delle prime nove posizioni del telecomando alle emittenti generaliste nazionali ex analogiche – tra le quali vanno ricomprese LA7 (esercita da Telecom Italia Media) ed MTV – ha

notificato il ricorso introduttivo e l'atto per motivi aggiunti, nella qualità di controinteressate nell'odierna controversia, alle sole società RTI – Reti Televisive Italiane s.p.a., Radio TV Parma s.p.a e Napoli Canale 21 s.r.l..

Nel presente giudizio hanno pertanto spiegato atto di intervento *ad opponendum* le due emittenti nazionali, Telecom Italia Media Spa e Mtv Italia Srl, alle quali - con il provvedimento ministeriale gravato con motivi aggiunti - sono stati poi assegnati i numeri 7 e 8 del primo arco di numerazione.

4.4 Tutto ciò premesso, si ritiene che l'eccezione di inammissibilità del gravame sia infondata e debba essere respinta.

4.4.1 Si consideri infatti che il provvedimento con cui l'Agcom, in applicazione dell'art. 32, comma 2, del Testo Unico, ha adottato il *Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre* ed ha dettato le modalità di attribuzione dei numeri alle emittenti nazionali e alle emittente private locali, come la Sezione ha già avuto occasione di rilevare (Tar Lazio, III ter, 24 giugno 2011, n. 5633), ha natura di atto regolamentare rispetto al quale, attesa la portata generale delle disposizioni ivi contemplate, non erano immediatamente configurabili controinteressati in senso tecnico, non essendo possibile, anteriormente all'adozione dei necessari atti applicativi attributivi della numerazione, la concreta individuazione di soggetti titolari di interessi contrapposti.

E, invero, il Piano di numerazione automatica dei canali ha determinato i criteri di assegnazione della numerazione nazionale e locale e il ricorso principale ha inteso censurare proprio tali criteri nonché le modalità con cui è stato istruito il relativo procedimento.

Il provvedimento dell'Agcom per sua natura, dunque, non ha individuato né poteva individuare alcun assegnatario certo dei numeri automatici, in quanto l'assegnazione avveniva solo a seguito di apposita procedura aperta a tutti i potenziali editori di emittenti nazionali generaliste.

4.4.2 Soltanto dopo l'espletamento di essa, con determina ministeriale del 24.11.2010, venivano individuati gli assegnatari dei numeri 7 e 8 negli odierni intervenienti *ad opponendum*, i quali solo allora, dunque, e per effetto della attribuzione della numerazione, potevano assumere la veste di controinteressati sostanziali nel presente giudizio, avendo ottenuto una posizione giuridicamente qualificata alla conservazione, vuoi della Delibera che aveva predeterminato il criterio di assegnazione della numerazione automatica, vuoi del successivo provvedimento attributivo della numerazione.

4.4.3 Ne consegue che all'atto della proposizione del ricorso introduttivo, non essendo ancora possibile individuare un controinteressato certo – essendo solo astrattamente determinabili ma non determinati i potenziali controinteressati – correttamente la società ricorrente ne individuava uno “nozionale” nella R.T.I. – Reti Televisive Italiane s.p.a., già assegnataria di emittenze nazionali, ed astrattamente interessata all'assegnazione della numerazione automatica, ai fini dell'assolvimento dell'onere di notificazione di cui all'art. 41, comma 2, del d.lgs 2 luglio 2010, n. 104 .

4.4.4 Le considerazioni appena svolte in ordine alla non individuabilità *ex ante* di soggetti controinteressati certi nella odierna vicenda, fino alla adozione degli atti applicativi della delibera Agcom impugnata in via principale, vanno ribadite anche per la successiva impugnazione della determina ministeriale del 22 novembre 2010, oggetto di motivi aggiunti, con cui si è imposto ai fornitori di servizi di media televisivi che diffondono canali generalisti nazionali e/o canali digitali terrestri a diffusione nazionale di transitare ai blocchi ed archi di numerazione individuati con la delibera n. 366/10/Cons.; ciò, in quanto il predetto provvedimento veniva contrastato dalla ricorrente facendo valere un interesse puramente oppositivo rispetto all'obbligo di nuova introduzione, senza volere con ciò intaccare alcuna posizione giuridica contraria.

4.4.5 Ma la eccepita inammissibilità del gravame non sussiste neanche in relazione alla impugnazione del successivo provvedimento ministeriale del 24 novembre attributivo della numerazione automatica.

Avverso tale atto la ricorrente - come già manifestato nelle domande di assegnazione - faceva valere un interesse direttamente e genericamente pretensivo ad avere l'assegnazione di "una numerazione automatica tra quelle spettanti ai "canali generalisti nazionali" e comunque non oltre la posizione n. 10", fino ad allora occupata da "Cielo" (e non oltre la posizione n. 11, per "Cielo 2"); ed essendo, appunto, tale interesse diretto quanto al risultato ma generico quanto al mezzo, esso non sottintendeva anche un interesse specificamente oppositivo rispetto alla coeva assegnazione delle posizioni 7 e 8 a Telecom Italia Media ed MTV.

Pertanto, nella platea dei canali generalisti nazionali ex analogici poi risultati assegnatari delle posizioni da 1 a 9 della numerazione automatica, in nessun momento della presente controversia gli odierni intervenienti *ad opponendum* venivano a porsi in posizione differenziata e/o specializzante rispetto agli altri operatori televisivi, sì da connotarsi in modo autonomo quali figure processuali necessarie ed esigere, ai sensi del richiamato art. 41 c.p.a., una notifica *ad hoc* del ricorso all'atto della instaurazione del giudizio o dell'ampliamento del suo oggetto; l'eccezione di inammissibilità in esame è pertanto destituita di fondamento e va respinta.

5. Passando all'esame del merito del gravame, va premesso che la ricorrente affida il ricorso ad una pluralità di motivi che si dirigono avverso atti, profili e momenti diversi del complessivo *iter* procedurale lungo il quale si è svolto l'esercizio del potere regolatorio dell'Autorità, onde contestarlo *in toto* e ottenere l'annullamento della delibera gravata; un ulteriore gruppo di censure attiene, poi, all'illegittimità di singoli gruppi di disposizioni o anche di singole disposizioni di essa.

Tutti tali motivi segnano, in certa misura, altrettanti ambiti di cognizione della controversia con differente perimetro i quali, pur risultando eziologicamente collegati tra loro, richiedono una piena e autonoma considerazione.

I motivi di ricorso saranno pertanto passati in rassegna singolarmente ed integralmente secondo l'ordine impressovi dalla ricorrente, anche in vista dell'effetto conformativo che un'eventuale pronuncia di annullamento verrebbe a spiegare sulla consequenziale attività dell'Agcom di rinnovazione del procedimento, e ciò, sia per gli aspetti strettamente procedurali sia per i profili legati al contenuto decisorio della Delibera.

6. Motivi di priorità logica e processuale inducono a delibare in primo luogo la questione di costituzionalità dell'art. 32, commi 2-4, del D.lgs n. 177/2005, come sostituito dall'art. 5, comma 2, del D.Lgs 15 marzo 2010, n. 44, per asserita violazione dell'art. 76 Cost., assumendosi dalla parte ricorrente che la legge n. 88/2009 non contiene delega per intervenire sulla numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre e che pertanto il Governo non sarebbe stato in alcun modo autorizzato ad inserire nel decreto legislativo attuativo della direttiva una disciplina avente ad oggetto l'LCN.

La questione, come di recente affermato dalla Sezione nella sentenza n. 6814/11 citata, appare manifestamente infondata.

6.1 Come noto, la legge n. 88/2009 (legge comunitaria per il 2008) ha delegato il Governo ad adottare decreti legislativi recanti norme occorrenti per dare attuazione ad alcune direttive comunitarie, tra le quali la direttiva 2007/65/CE (di seguito, anche "Direttiva") relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

L'oggetto della delega veniva definito negli artt. 1 e 26 della stessa legge ed è individuabile nell'"attuazione della direttiva 2007/65/CE ... che modifica la

direttiva 89/552/CE” ; a loro volta, criteri e principi direttivi per l’esercizio della delega si rinvencono in due disposizioni e si dividono in “principi e criteri direttivi generali”, contenuti all’art. 2 della medesima legge, e “principi e criteri direttivi specifici”, contenuti nel successivo art. 26.

6.2 Orbene, in primo luogo si consideri che ai sensi del TFUE (art. 288), nel sistema delle fonti di diritto europeo la “direttiva” si distingue dal “regolamento” (quest’ultimo direttamente ed immediatamente applicabile in ogni sua parte nell’ambito degli ordinamenti nazionali) in quanto la prima lascia ai Legislatori nazionali margini di attuazione ed integrazione piuttosto rilevanti rispetto al paradigma comunitario di riferimento, il cui limite ultimo è rappresentato dal rispetto dello spirito e della *ratio* complessiva della direttiva oggetto di trasposizione, nonché dal generale principio di leale collaborazione (in tal senso: CGCE, sent. C-320/99, Commissione c. Francia).

Ne consegue che la contestata scelta di regolare in sede di recepimento della Direttiva anche la materia dell’LCN risulta coerente con l’oggetto della direttiva da recepire, non eccedente i limiti della corretta *interpositio legislatoris* demandata al Legislatore nazionale e certamente ricompresa nel fisiologico grado di elasticità allo stesso richiesto in sede di trasposizione di tali atti nell’ordinamento interno; la scelta suddetta appare altresì rispondente alla logica di coordinamento e razionalizzazione dei singoli settori dell’ordinamento, ciò che, comunque, costituisce principio generale di esercizio della delega ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. b), della l. 88/2009.

6.3 In ogni caso, proprio il pieno rispetto dell’art. 76 Cost. ha suggerito al Governo di conformarsi alla condizione formulata sullo schema di decreto dalle competenti Commissioni parlamentari, le quali avevano chiesto di introdurre in sede di decreto delegato una disciplina specifica dell’LCN.

6.4 Da ultimo, la delibazione del rilevato profilo di incostituzionalità dell'art. 32, commi 2-4, del Testo Unico non può andare disgiunto dallo scrutinio delle numerose prescrizioni contenute nei “considerando” della stessa direttiva 2007/65 – la quale integrava la disciplina di cui alle direttive 89/552/ CEE e 97/36 - che rispondevano all'esigenza di tutelare, a un tempo, la corretta concorrenza tra gli operatori e l'interesse degli utenti all'accesso alla programmazione televisiva, ancorché la stessa direttiva non contemplasse espressamente l'esigenza della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre.

6.4.1 Il riferimento va operato senz'altro ai “considerando” nn. 2, 6 e 7 in tema di concorrenza e nn. 8, 37, 39 e 64 sulla protezione dei consumatori, ivi comprese le categorie disagiate.

In via generale, la disciplina recata dalla direttiva manifesta l'obiettivo di creare un quadro giuridico relativo agli emergenti servizi di media audiovisivi che rafforzi la certezza del diritto ed eviti disparità di condizioni delle imprese europee di servizi di media audiovisivi e distorsioni della concorrenza (“considerando” 7).

Per quel che riguarda l'interesse degli utenti, nel “considerando” 37 si prevede l'impulso dell'alfabetizzazione mediatica affinché i consumatori possano utilizzare i *media* in modo efficace e sicuro e siano in grado di operare le loro scelte con cognizione di causa, avvalendosi dell'intera gamma di possibilità offerte dalle nuove tecnologie della comunicazione, anche per proteggere se stessi e le loro famiglie dai contenuti nocivi. Gli Stati membri sono pertanto chiamati a promuovere lo sviluppo dell'alfabetizzazione mediatica in tutti i settori della società e a seguirne attentamente gli sviluppi.

Sempre in tema di diritti degli utenti, il “considerando” 64 afferma, in particolare, il diritto delle persone con disabilità e degli anziani a partecipare alla vita sociale e culturale e, in tale ottica, prevede la fornitura di servizi di media “accessibili”. Tra i

mezzi per ottenere questa accessibilità è compresa “la navigazione tra menu di facile comprensione”.

Dal punto di vista della tutela del pluralismo e della concorrenza, a fronte di un’offerta di programmi più ampia rispetto alla televisione analogica, diventano elementi di possibile successo dell’impresa la facilità e la rapidità di selezione del programma da parte dell’utente oltre che il consolidamento di una determinata posizione nell’ambito della numerazione da parte dell’emittente televisiva.

Da ciò discende la rilevanza, sul piano competitivo, dell’attribuzione di un determinato posizionamento numerico all’una o all’altra emittente nell’ordinamento automatico dei canali, perché da esso dipende la posizione all’interno della lista visualizzata dall’utente.

Ancora, per il “considerando” 1 della Direttiva *“le nuove tecnologie di trasmissione di servizi di media audiovisivi rendono necessario un adattamento del quadro normativo”*, mentre nel “considerando” 29 si afferma che *“a causa del progresso tecnologico, con particolare riguardo ai programmi digitali via satellite, dovrebbero essere adeguati i criteri secondari per garantire una regolamentazione adeguata e una sua attuazione efficace”*.

Può dunque concludersi nel senso che siano state proprio le finalità immanenti alla Direttiva ad imporre l’adozione di accorgimenti tecnici quali quello contenuto nel novellato art. 32; la natura stessa della Direttiva, poi, implicava che gli Stati membri fossero liberi di scegliere i mezzi ritenuti più appropriati per dare esecuzione ai principi ivi affermati.

6.4.2 Venendo all’esame dell’art. 32 T.U., esso ha portata essenzialmente tecnica ed è teso a conferire un ordine nella utilizzazione delle trasmissioni del nuovo sistema digitale il quale, consentendo una maggiore capacità trasmissiva, amplia in modo significativo il novero delle emittenti.

6.4.3 In linea con le prescrizioni dei richiamati “considerando”, l’ordinamento automatico dei canali permette agli apparati riceventi che implementano tale

prestazione di ordinare i programmi in maniera automatica in modo da consentire all'utente di visualizzare i programmi secondo un ordine predefinito, fatta salva la possibilità di quest'ultimo di riordinare a piacimento i programmi offerti.

Tale funzionalità, tanto più se considerata nella delicata fase di passaggio dalla tecnologia trasmissiva analogica a quella digitale terrestre, rappresenta un servizio importante volto ad agevolare l'utente nell'orientarsi tra i numerosi canali televisivi digitali resi disponibili ed a consentire una fruizione completa dei programmi attraverso un "aiuto di base".

6.4.4 E l'art. 2, comma 1, lett. b), della legge n. 88/2009 prevede appunto, in ordine ai criteri direttivi, che *"ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, fatti salvi i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa ovvero le materie oggetto di delegificazione"*.

Va da sé che la norma debba essere intesa in senso ampio, non risultando la stessa vincolata, nella concreta operatività, alla preesistenza di una disciplina specifica sull'assegnazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre; il legislatore delegato (peraltro con la determinante partecipazione delle Commissioni parlamentari VII e IX : parere del 4 febbraio 2010) ha quindi ritenuto che il nuovo ordinamento automatico dei canali fosse idoneo a rendere più funzionale ed accessibile il sistema audiovisivo risultante dal riordino delle emittenze a livello nazionale con la tecnologia del digitale terrestre.

7. Con il secondo motivo si contesta che l'ordinamento automatico dei canali di cui alla gravata delibera n. 366/2010, pur introducendo regole tecniche incidenti sia sui prodotti che sui servizi di media audiovisivi, non sia stato oggetto di previa notifica alla Commissione europea malgrado che la direttiva 1998/34/CE preveda una procedura d'informazione nel settore delle norme e regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione; la ricorrente

sottolinea come la suddetta direttiva costituisca applicazione delle disposizioni del TFUE (artt. 34 ss. e 56 ss.) che garantiscono le fondamentali libertà comunitarie di circolazione delle merci e dei servizi.

La censura non ha pregio.

Come la Sezione ha già avuto modo di osservare (Tar Lazio, III ter, 24 giugno 2011, n. 5633), la delibera n. 633 dell'Agcom è volta a determinare in modo automatico, seppure non irreversibile, l'ordine in cui le emittenti vanno a posizionarsi sugli apparecchi riceventi degli utenti, mentre dal suo oggetto esulano completamente la determinazione e l'attribuzione delle frequenze televisive; non si comprende, pertanto, come una siffatta misura regolatoria di natura accessoria e strumentale rispetto al previsto cambio del sistema di trasmissione televisiva dalla tecnica analogica alla tecnica digitale terrestre, ed eziologicamente preordinata al conseguimento di più elevati livelli di razionalità e di fruibilità del settore audiovisivo nel suo complesso, possa sortire l'effetto di limitare le libertà comunitarie di circolazione delle merci e dei servizi invocate dalla parte ricorrente.

In ogni caso, resta indimostrata l'ascrivibilità della disciplina in tema di LCN alla nozione comunitaria di "regola tecnica" di cui all'art. 1, comma 1, n. 11) della direttiva 1998/34.

Giova in proposito richiamare il principio affermato dalla Corte Costituzionale secondo il quale sono norme tecniche *“quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle cd. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano standards qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali)”* (Corte Cost., sent. n. 61/1997).

Nel caso in esame, l'ordinamento automatico dei canali, volto a raggiungere un delicato equilibrio tra interessi contrapposti, non comporta né l'introduzione né l'applicazione di nuove regole tecniche per gli apparati decodificati, limitandosi a

disciplinare l'attribuzione di numeri ordinali ai vari programmi; è pertanto evidente che non si tratta, nella specie, dell'applicazione di una scienza esatta o dell'applicazione di alcun principio o criterio di orientamento predefiniti.

Infine, non può non considerarsi che proprio la invocata direttiva 1998/34 esclude, all'art. 1, comma 1, n. 2), terzo alinea, la propria applicazione ai servizi di radiodiffusione sonora e ai servizi di radiodiffusione televisiva di cui all'art. 1, lett. a) della direttiva 89/552/CEE (vale a dire, ai servizi di media audiovisivi, di cui nella specie si controverte).

8. Con il terzo mezzo si denunciano alcune violazioni di natura procedimentale commesse dall'Agcom nell'esercizio del suo potere regolamentare, assumendosi da parte ricorrente la violazione dell'obbligo di svolgere una completa e corretta consultazione pubblica, nonché di motivare le decisioni finali anche con specifico riguardo alle osservazioni presentate dai partecipanti alla consultazione medesima.

8.1 In primo luogo, si lamenta la violazione del termine minimo di trenta giorni per la consultazione degli interessati, previsto nell'art. 11, comma 1, del d.lgs n. 259/2003 (CCE) e dall'art. 3, comma 1, della delibera Agcom n. 453/03/Cons.

La censura è meritevole di adesione.

Come detto nell'esposizione in fatto, nella delibera propedeutica all'approvazione del "Piano", e cioè nella delibera n. 122/10/Cons del 16 aprile 2010 ed in particolare nell'allegato C, l'Autorità invitava le parti interessate a far pervenire eventuali osservazioni allo schema di delibera pubblicato, entro e non oltre 15 giorni dalla pubblicazione del "presente documento" sul sito Web dell'Autorità.

Tale termine si poneva in palese violazione col disposto del citato art. 11, comma 1, del CCE che prevede un termine non inferiore a trenta giorni.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione, la disposizione sul termine minimo si radica nel decreto legislativo n. 259/2003, che è un atto-fonte di rango primario, e non anche nella deliberazione Agcom n. 453/03

che la recepisce, la quale ha natura meramente regolamentare e si colloca ad un livello secondario nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico; è pertanto da escludere che il successivo atto deliberativo-regolamentare dell'Autorità di cui alla delibera 122/10/Cons potesse legittimamente modificare la disposizione legislativa in argomento.

E, nel caso in esame, il necessario riferimento all'art. 11 cit. non può essere revocato in dubbio, sia perché la norma presenta un ambito di applicazione esteso a tutte le comunicazioni elettroniche (cfr. ad es. le lett. cc) e dd) dell'art. 1 CCE riguardante le declaratorie, che individuano proprio le trasmissioni televisive), sia perché la stessa delibera Agcom n. 453/03 interviene in attuazione del CCE , mentre la delibera 122/10/Cons, a sua volta, reca il decreto medesimo tra i propri presupposti.

Dalla difesa erariale si assume che la consultazione doveva ritenersi sostanzialmente già avvenuta, in quanto disposta con la precedente delibera n. 647/09.

Osserva tuttavia il Collegio che tale delibera aveva avviato una istruttoria ex art. 43 del D.Lgs n. 177/ 2005, di verifica su eventuali posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni, sottoponendo all'esame degli operatori del settore una proposta di autoregolamentazione in tema di ordinamento automatico dei canali predisposta dall'Associazione Dgtvi, procedura poi archiviata proprio per l'entrata in vigore, in data 31 marzo 2010, del D.Lgs n. 44/2010 che introduceva il nuovo testo dell'art. 32 nel T.U dei Servizi media audiovisivi e radiofonici, come ridenominato; disciplina, questa, che veniva dunque a costituire il presupposto normativo per l'adozione del Piano di numerazione automatica da parte dell'Agcom, di cui alla gravata delibera 366/10.

L'oggetto della consultazione precedentemente effettuata, pertanto, era assolutamente diverso dal Piano di numerazione venuto all'odierno esame del

Collegio, sia per i presupposti normativi, del tutto mutati, sia per i diversi contenuti.

In ogni caso, appare contraddittorio il comportamento dell'Autorità la quale, ove avesse ritenuto già espletata la consultazione, non avrebbe dovuto avviarne una nuova; ma, una volta ritenuto necessario – e correttamente - procedere ad una nuova consultazione, non avrebbe potuto che rispettare i termini di legge per essa previsti.

Irrilevante è infine l'eventuale riferimento all'indagine di mercato effettuata dalla Demoskopea s.p.a. (di cui alla delibera 11 maggio 2010), in quanto successiva all'invito a presentare osservazioni (con delibera 16 aprile 2010) e quindi non utilizzabile per ritenere sufficiente il termine abbreviato di 15 giorni.

Inutilizzabile è altresì la disposizione che consente l'adozione di provvedimenti d'urgenza, in quanto connessi ad una attività cautelare che è estranea alla fattispecie in esame.

Alla luce delle considerazioni complessivamente svolte deve concludersi che il mancato rispetto da parte dell'Autorità del termine di 30 giorni costituisce una violazione procedimentale che ha inficiato la procedura di consultazione e, per l'effetto, l'intero procedimento volto all'adozione della delibera gravata.

8.2 E' altresì fondata la seconda censura spiegata con il terzo mezzo, con cui l'odierna deducente - come già lamentato con nota dell'11 maggio 2010 indirizzata all'Autorità - contesta la circostanza che l'unico documento posto a consultazione non contenesse *“tutti gli elementi necessari per i soggetti consultati”*, contenendo il solo Schema di regolamento e non anche quello del Piano, nonché i relativi criteri tecnici, generali e particolari, sulla base dei quali il Piano avrebbe dovuto essere adottato dall'Autorità e perciò valutato dai partecipanti alla procedura.

Osserva a tal riguardo il Collegio che al punto 6 della delibera Agcom n. 278/99/Cons, recante *“Procedura per lo svolgimento di consultazioni pubbliche nell'ambito*

delle ricerche e indagini conoscitive”, le cui regole sono applicabili anche alle consultazioni svolte nel contesto di attività procedimentali (punto 1), si stabilisce che il documento per la consultazione debba riportare *“tutti gli elementi necessari per i soggetti consultati”*.

Ancora, nella successiva delibera n. 453/03/Cons, recante il *“Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all’art. 11 del d.lgs 1° agosto 2003, n. 259”* - le cui regole sono applicabili anche *“nell’ambito degli altri procedimenti ove il responsabile del procedimento riscontri, in sede di avvio del procedimento, che la funzione di regolazione svolta dall’Autorità è destinata a tradursi in disposizioni di carattere normativo o a contenuto generale”* (art. 1, lett. b) della delibera) - all’art. 3 si prevede che *“la proposta di provvedimento, oggetto della consultazione, può assumere la forma di uno schema di provvedimento o di un documento recante i presupposti normativi, il contenuto e le finalità della proposta”*.

Orbene, l’art. 32, comma 2, del Testo Unico, onerava l’Autorità di adottare sia un *Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento* sia un *Regolamento* contenente le modalità di attribuzione dei numeri e le condizioni del loro utilizzo.

Ne consegue che anche lo schema del Piano di numerazione automatica dei canali doveva essere posto a consultazione, in quanto esso rappresentava sotto un profilo tecnico-contenutistico uno dei due elementi essenziali su cui i soggetti del mercato avrebbero dovuto confrontarsi per effettuare le proprie valutazioni; l’avvio di una procedura di consultazione priva di uno degli elementi essenziali costituiva quindi una violazione procedimentale che ne inficiava la regolarità e, per l’effetto, invalidava l’intero procedimento volto all’adozione della delibera gravata.

8.3 Deve per converso disattendersi la terza censura riguardante la mancata considerazione da parte dell’Autorità delle osservazioni presentate dagli interessati.

Dall'esame delle pagine da 3 a 7 della delibera gravata risulta che l'Autorità ha esaminato le molteplici osservazioni pervenute, naturalmente raggruppandole e riorganizzandole in relazione agli argomenti trattati.

Poiché deve escludersi, anche alla luce delle disposizioni di cui alla citata delibera n. 453/03/Cons che impongono la valutazione degli "orientamenti" espressi nelle osservazioni, l'obbligo di una risposta puntuale ad ogni singola soggettiva osservazione, la censura va respinta. E invero, per costante giurisprudenza nell'atto regolatorio l'Autorità è tenuta ad indicare la finalità dell'intervento e a motivare la decisione finale, e ciò anche con riguardo alle osservazioni presentate, ma non è tuttavia tenuta a fornire una puntuale replica ad ogni osservazione formulata, non sussistendo alcun obbligo di riportare nel testo del provvedimento adottato l'analitica esposizione delle osservazioni presentate dalle parti interessate nel corso del procedimento e la loro puntuale confutazione (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; id., 6 dicembre 2005, n. 2007; nonché Tar Lazio, sez. III-ter, 24 giugno 2011, n. 5633; id., 11 novembre 2007, n. 11260).

Dalla verificata fondatezza delle censure esaminate sub parr. 8.1 e 8.2 discende l'invalidità dell'intero procedimento svolto dall'Agcom e, per derivazione successiva, della delibera adottata in esito ad esso, che devono essere annullati; il procedimento *de quo* deve dunque essere rinnovato nel rispetto delle statuizioni di questo Collegio.

9. La ricorrente a questo punto formula una serie di censure che attengono all'illegittimità di singoli gruppi di disposizioni o di singole disposizioni.

Con il quarto mezzo contesta la legittimità della disciplina regolamentare dettata dall'Autorità nella parte in cui, al fine di privilegiare i canali generalisti nazionali ex-analogici, qualifica i "canali generalisti nazionali" non ex-analogici – come Cielo – quali canali "tematici" e li relega nelle posizioni LCN dalla 21 alla 70 o, addirittura, dalla 121 a 170 e dalla 221 alla 270.

La censura è meritevole di adesione.

9.1 Si osservi che, ai sensi dell'art. 32, comma 2, T.U., *“Fermo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti sulla televisione digitale [...] l'Autorità, al fine di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, adotta un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, e stabilisce con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi in ordine di priorità: a) garanzia della semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; b) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali; c) suddivisione delle numerazioni dei canali a diffusione nazionale, sulla base del criterio della programmazione prevalente, in relazione ai seguenti generi di programmazione tematici: semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite...”* (enfasi aggiunta).

Il comma 2 citato si riferisce, quindi, ai *“canali generalisti nazionali”* tout court contrapponendoli a quelli tematici, senza operare distinzioni di sorta tra *“ex-analogici”* e *“non ex-analogici”*.

9.2 All'art. 1, lett. g), del Regolamento LCN, invece, l'Autorità definisce *“canale generalista nazionale”* il *“canale legittimamente irradiato in ambito nazionale in tecnica analogica e in simulcast in tecnica digitale terrestre che trasmette in chiaro prevalentemente programmi di tipo generalista con obbligo di informazione”*; e alla successiva lett. K), *“genere di programmazione semigeneralista”* la *“programmazione dedicata a generi differenziati inclusa l'informazione, nessuno dei quali raggiunge il 70 per cento della programmazione stessa”*.

Essa pertanto ha ritenuto di individuare *“i canali generalisti nazionali”* soltanto nelle *“emittenti televisive analogiche commerciali nazionali”* – di cui all'art. 2, comma 1, lett. aa), n. 5 del Testo Unico - le quali trasmettono *“in chiaro e in tecnica analogica prevalentemente programmi di tipo generalista con obbligo di informazione”*; tale scelta trova

esplicazione e conferma nella pagina 4 della Delibera, dove si chiarisce che la definizione è stata riformulata su richiesta di taluni partecipanti alla consultazione al fine di circoscrivere con maggiore chiarezza i soggetti facenti parte della categoria.

La stessa Autorità ha invece ritenuto che i canali nazionali non ex-analogici trasmessi soltanto in tecnica digitale terrestre dovessero rientrare nella nozione di canali nazionali con “genere di programmazione semigeneralista”, di cui all’art. 1, lett. k), del Regolamento LCN, anche quando autorizzati – come l’odierna ricorrente – a trasmettere programmi di tipo “generalista” .

9.3 Osserva il Collegio che l’ampia espressione “*canali generalisti nazionali*” utilizzata dal legislatore delegato nell’art. 32 impone all’interprete di inserire in tale categoria tutti i canali nazionali digitali che diffondono programmi di tipo generalista e che tali siano stati qualificati ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. c) della delibera n. 435/01/Cons (come nel caso del canale “Cielo” della ricorrente), a nulla rilevando che detti canali siano, o meno, ex-analogici.

A sostegno di tale interpretazione va considerato che lo stesso art. 32 del Testo Unico contrappone ai «*canali generalisti nazionali*» i “*canali a diffusione nazionale (. . .) tematici*”, cioè quelli che, pur rientrando nel *genus* dei “*canali a diffusione nazionale*”, diffondono i “*seguenti generi di programmazione tematici: semigeneralisti, bambini e ragazzi, informazione, cultura, sport, musica, televendite*”; tale contrapposizione comporta sul piano concettuale la sicura ricomprensione dei canali nazionali non ex-analogici trasmessi soltanto in tecnica digitale terrestre nel novero dei “canali generalisti nazionali”, precludendone nel contempo la riconduzione alla nozione dei “canali a diffusione nazionaletematici”.

Inoltre, se il legislatore avesse voluto far coincidere la nozione di “*canale generalista nazionale*” con quella di “*emittente televisiva analogica commerciale nazionale*” di cui al

ripetuto art. 2, comma 1, lett. aa), n. 5, T.U., avrebbe ragionevolmente operato un riferimento diretto a tale definizione, contenuta nel medesimo testo normativo.

9.4 È perciò evidente che nella categoria dei “*canali generalisti nazionali*” vanno inclusi tutti i canali digitali nazionali che diffondono una programmazione generalista, senza che possa distinguersi tra “ex-analogici” e “non ex-analogici”; non trova pertanto alcun riscontro normativo nell’art. 32 citato né in altra norma di rango primario la scelta regolamentare dell’Autorità di inserire tra i «*canali tematici semigeneralisti*» tutti e soli i canali digitali terrestri che diffondono una programmazione generalista solo perché diffusi in *simulcast* anche in tecnica analogica, essendo chiaro che il solo legittimo criterio di discriminazione tra i “*canali a diffusione nazionale*” deve essere, secondo il Testo Unico, il genere della programmazione trasmessa.

Infine, il corretto inserimento di tutti i canali generalisti nazionali, sia ex-analogici che non, nella stessa categoria impone la conseguente attribuzione ai suddetti canali di posizioni dell’LCN consecutive e contigue nel singolo arco di numerazione, senza ricorso a interruzioni o frammentazioni.

Diversamente operando, l’Autorità ha non solo violato l’art. 32 T.U. ma anche frustrato la finalità in esso indicata come prioritaria, cioè quella di “*assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie*” nella disciplina dell’LNC.

9.5 Il motivo è pertanto fondato e il suo accoglimento conduce all’annullamento delle seguenti disposizioni dell’All. A alla Delibera n. 366/10, in quanto discriminatorie nei confronti dei canali generalisti nazionali non ex-analogici:

- art. 1, comma. 1, lett. g): laddove non include nei canali generalisti nazionali tutti i canali digitali nazionali che diffondono una programmazione generalista, senza distinzioni tra “ex-analogici” e “non ex-analogici”;
- art. 3, commi 1 e 3: in quanto definisce i criteri di ripartizione delle numerazioni fra “*canali nazionali generalisti*”, come definiti nella Delibera, e tutti gli altri;

- art. 4, comma 1: laddove stabilisce la riserva di posizioni in favore dei soli “*canali generalisti nazionali*”, come definiti nella Delibera;
- art. 5: in quanto inserisce le emittenti locali a ridosso dei maggiori *canali generalisti nazionali ex-analogici*, impedendo così la consecutiva collocazione dei *canali generalisti nazionali non ex-analogici*;
- art. 6: in quanto contiene la disciplina dei numeri da assegnare ai *canali generalisti nazionali non ex-analogici*.

10. Con il quinto motivo, facendo ricorso ad una pluralità di censure variamente collegate, Sky contesta la scelta operata all’art. 3, comma 1, del Regolamento LCN, di organizzare il Piano di numerazione sulla «*base di una numerazione aperta che inizia con una cifra*», anziché sulla base di una numerazione aperta che inizi con tre cifre, come proposto da vari partecipanti durante la consultazione oltre che dalla stessa ricorrente.

L’odierna ricorrente richiama le ragioni indicate nel preambolo della delibera gravata a sostegno della scelta suddetta, riconducibili alla esigenza di rispettare i “*principi stabiliti dalla legge in ordine di priorità, il primo dei quali è costituito dalla “garanzia della semplicità d’uso del sistema di ordinamento automatico dei canali” e il secondo dal “rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti”...*”.

10.1 Secondo la prospettazione di Sky la determinazione dell’Autorità sarebbe illegittima in quanto, sui suddetti «principi e criteri direttivi» sarebbero comunque destinati a prevalere i principi di equità, trasparenza e non discriminazione (di cui al ripetuto art. 32, comma 2) che rappresentano contestualmente una pre-condizione ed una poziore indicazione operativa nella organizzazione del Piano di numerazione, anche in ragione della loro derivazione comunitaria.

10.2 In ogni caso, la strutturazione dell’LCN a una cifra non soddisferebbe neppure i criteri della «*semplicità d’uso*» e del «*rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali e alle emittenti locali*», atteso

che, a causa della scelta dell'Autorità di scomporre in numerosi “blocchi” (e “sottoblocchi”) gli “archi di numerazione”, non definiti per categorie omogenee, l'utente avrebbe difficoltà nel memorizzazione la nuova numerazione.

10.3 D'altra parte, l'invocato criterio del *«rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti con particolare riferimento ai canali generalisti nazionali ed emittenti locali»* valorizzerebbe le abitudini e preferenze degli utenti in relazione alla collocazione dei canali nei singoli archi di numerazione dell'LCN e non anche in relazione alla sua strutturazione su una o tre cifre, ovvero su archi di numerazione omogenei o disomogenei e, per giunta, esso sarebbe comunque soddisfatto ove tali canali avessero un'opportuna collocazione ed evidenza in ciascun arco omogeneo di numerazione a tre cifre.

10.4 La scelta effettuata dall'Autorità non potrebbe sorreggersi neppure sulle altre due motivazioni addotte dall'Agcom, e cioè che *«la mancata assegnazione dei numeri da 1 a 99, corrispondenti al primo arco di numerazione»* avrebbe portato a un *“uso inefficiente della numerazione”* e che essa avrebbe potuto altresì comportare una *“utilizzo non regolata di tale range di numeri, alla luce delle caratteristiche “aperte” dei decoder digitali terrestri”* (pag. 3 della delibera n. 366/10).

Ciò in quanto, a dire della ricorrente, sul piano giuridico l'uso efficiente della numerazione non sarebbe previsto tra i criteri indicati dall'art. 32 T.U. e in ogni caso esso risulterebbe recessivo rispetto ai prioritari principi di equità, trasparenza e non discriminazione e agli altri criteri espressamente richiamati nella medesima disposizione. Sul piano tecnico, l'argomento collegato ad una futura saturazione dell'LCN sarebbe infondato in quanto l'eliminazione delle prime 99 posizioni (su 999 totali) lascerebbe comunque disponibili un numero di posizioni più che sufficiente, posto che il numero delle offerte di contenuti irradiabili con la tecnologia digitale terrestre ha limiti tecnici ben precisi.

Inoltre, l'eventualità di un'utilizzazione illegittima dei primi 99 numeri sarebbe esclusa dal divieto generale di uso indebito dei numeri contenuto nell'art. 11 del Regolamento LCN.

Infine, la struttura dell'LCN non sarebbe pro-concorrenziale in quanto non sarebbe idonea a favorire condizioni di piena concorrenza tra gli operatori effettivi e potenziali.

10.5 Il motivo è solo in parte fondato, nei limiti di seguito indicati.

10.6 Osserva preliminarmente il Collegio che l'introduzione nel sistema di ordinamento dei canali di una numerazione aperta che inizia con una cifra si connota, nella sua linearità, come scelta razionale votata ad un uso efficiente della risorsa (come indicato dall'Autorità tra le motivazioni della scelta operata) mentre risulta nel contempo esente, in sé, dai vizi censurati con il ricorso in epigrafe.

Si consideri infatti che una numerazione che iniziasse con tre cifre, come richiesto dalla ricorrente, comporterebbe una innegabile riduzione della risorsa, in ragione della inutilizzabilità delle prime 99 posizioni dell'LCN; tale autolimita all'uso della numerazione, ove nella specie non risultasse sorretto da specifiche e pregnanti ragioni di ordine giuridico e/o tecnico, concretebbe un ingiustificato uso non ottimale e non efficiente della numerazione medesima e dunque rappresenterebbe una diseconomia nell'ordinamento dei canali e un disvalore nell'agire dell'Amministrazione.

10.7 A dire della ricorrente, sul piano giuridico l'uso efficiente della numerazione non sarebbe previsto tra i criteri indicati dall'art. 32 T.U. e in ogni caso esso risulterebbe recessivo rispetto ai prioritari principi di equità, trasparenza e non discriminazione e agli altri criteri espressamente richiamati nella medesima disposizione.

In contrario osserva il Collegio che l'uso efficiente della numerazione è applicazione del generale principio di efficienza dell'azione amministrativa, quale

canone di comportamento cui la p.a. deve improntare la propria attività a norma dell'art. 1 della legge 241 del 1990 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2008, n. 6161; id., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2683; id., 11 marzo 2005, n. 1043 e 28 maggio 2003, n. 2970); tale misura dell'agire dell'Amministrazione è volta a riaffermare l'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa in coerenza con l'art. 97 Cost..

Ne discende che il principio dell'efficiente utilizzo del sistema di ordinamento dei canali e, in particolare, della numerazione, debba essere tenuto presente dall'Autorità, nell'attività regolatoria in esame, ancorché non specificamente menzionato tra i principi e i criteri direttivi indicati dall'art. 32 T.U..

L'efficienza attiene dunque al comportamento richiesto all'Autorità allorquando essa è chiamata a realizzare i fini di cui all'art. 32, comma 2, (*“assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie”*) utilizzando i principi e criteri direttivi - opportunamente graduati dal legislatore - che rispetto ai suindicati fini assumono valenza strumentale.

10.8 Tanto considerato, è agevole superare le obiezioni complessivamente sollevate dalla ricorrente in ordine alla introduzione di una numerazione iniziale a una cifra.

E invero, il principio dell'uso efficiente della risorsa, se è condizione dell'agire della p.a., non può essere recessivo rispetto ai fini da realizzare bensì prioritario e prodromico rispetto ad essi; d'altra parte, il rapporto tra i fini, da un lato, e i principi e criteri direttivi, dall'altro, non può pianamente ricondursi ad una relazione gerarchica, come si pretenderebbe dalla ricorrente, atteso che gli uni diventano vicendevolmente coessenziali agli altri laddove il legislatore impone un vincolo di fine attraverso un vincolo di mezzi.

10.9 Quanto alla ulteriore censura secondo la quale la struttura dell'LCN a una cifra non soddisferebbe neppure i criteri direttivi della *«semplicità d'uso»* e del *«rispetto*

delle abitudini e preferenze degli utenti?” individuati dal legislatore delegato, con conseguente difficoltà di memorizzazione della nuova numerazione da parte dell’utente, si osserva quanto segue.

10.9.1 Come la Sezione ha di recente affermato (Tar Lazio, sez. III ter, 24 giugno 2011, n. 5633), *“nello stabilire regole certe, generali, di portata nazionale e destinate a semplificare l’uso della numerazione da parte degli utenti, l’Autorità ha operato una prima distinzione tra operatori nazionali e operatori locali, salvo poi ricomprendere nel medesimo arco di numerazione (il primo: “1-99”) la numerazione attribuita alle emittenti nazionali e locali, con ciò riconoscendo e valorizzando proprio il ruolo di queste ultime, in armonia con il principio di cui all’art. 32, comma 2, lett. c), del Testo Unico, vale a dire la salvaguardia di “adeguati spazi nella numerazione che valorizzino la programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio”.*

10.9.2 Orbene, la scelta dell’Agcom di collocare i principali canali nazionali nelle prime 9 posizioni del telecomando [...] consente un sistema di gestione della numerazione che, a parere del Collegio, non solo è in sé semplice e razionale, ma risulta anche preferibile ad un diverso sistema [...] nel quale il posizionamento dei canali nazionali sia frammentario e distribuito su numerazioni del telecomando non consecutive.

Ed invero, considerata la maggiore facilità, per lo spettatore medio, di memorizzare una ripartizione della numerazione basata su intervalli di dieci numeri (o loro multipli), piuttosto che una ripartizione del tutto casuale, è innegabile che la concentrazione dei canali generalisti nazionali in un primo gruppo di numeri favorisca le capacità mnemoniche degli utenti”.

10.9.3 D’altra parte, comportando il passaggio al digitale innovazioni che coinvolgono l’intera architettura di trasmissione, compreso il momento della “ricezione” delle trasmissioni, è evidente la necessità di un riadattamento complessivo dei metodi utilizzati per la trasmissione.

In tale ottica, l’eventuale sacrificio di alcuni utenti, sia nel processo di adattamento al nuovo ordinamento dei canali, sia, al contrario, nell’intervento per il riordino dei

canali secondo un proprio personale *ranking* (come espressamente previsto dall'art. 32, comma 2, del Testo Unico e dall'art. 11, comma 4, della Delibera), trova ragione e compensazione nell'interesse generale connesso alla transizione alla nuova tecnologia.

Alla luce di quanto sopra esposto ed argomentato, da un lato si deve ribadire la razionalità della scelta di collocare i principali canali nazionali nelle prime 9 posizioni del telecomando, dall'altro si deve affermare, *a fortiori*, la linearità e la ragionevolezza della scelta di una numerazione che parte dai numeri con una sola cifra.

10.10 E' invece fondata e merita accoglimento l'ulteriore censura con cui si contesta la suddivisione in blocchi e sotto-blocchi degli archi di numerazione in base a categorie non omogenee di emittenti, e ciò in contrasto con i ripetuti criteri direttivi della “*semplicità d'uso*” e del “*rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti*”.

10.11 Nello scrutinio del precedente motivo di gravame (cfr. sub 9.4), il Collegio ha già considerato che il corretto inserimento di tutti i canali generalisti nazionali, sia ex-analogici che non, nella stessa categoria logico-concettuale e quindi nella stessa nozione giuridica di “canali generalisti nazionali” impone la conseguente attribuzione ai suddetti canali di posizioni dell'LCN continue e contigue in un singolo arco di numerazione, o in archi di numerazione consecutivi senza ricorso a interruzioni o frammentazioni.

Diversamente operando, l'Autorità non solo viola i criteri direttivi di cui all'art. 32 T.U. ma frustra anche la finalità in esso indicata come prioritaria, cioè quella di “*assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie*” nella disciplina dell'LNC.

10.12 Ne consegue la intrinseca illogicità della scelta regolamentare di scomporre in numerosi “blocchi” (e “sottoblocchi”) gli “archi di numerazione” inserendovi categorie non omogenee, vale a dire inserendo: - il blocco 1-9, in cui vi sono i “canali generalisti nazionali” ex-analogici; - il blocco 10-19, con le emittenti locali; -

il blocco costituito dalla sola posizione 20 che accoglie di nuovo un “canale generalista nazionale” ex-analogico; - il blocco 21-70, in cui vi sono alcuni “canali nazionali semigeneralisti” (ossia i “canali generalisti nazionali” non ex-analogici) e, a seguire, alcuni “canali nazionali tematici”; nel blocco 71- 99, di nuovo le emittenti locali.

L’Agcom avrebbe invece dovuto collocare in uno o più consecutivi archi di numerazione tutti i “canali generalisti nazionali” sia ex-analogici che non, in quanto tale scelta avrebbe garantito all’utente una più agevole comprensione ed uso dell’LCN, in disparte le irrefragabili esigenze di rispetto “*condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie*” nella disciplina dell’LNC.

11. Il motivo è pertanto da accogliere nei limiti del profilo evidenziato, con assorbimento delle ulteriori censure in esso spiegate. Restano altresì assorbite le omologhe questioni introdotte con memoria difensiva dalla società Canale 10, odierna interveniente *ad adjuvandum*, fatte salve le tematiche – in questa sede rilevanti - afferenti al *Single Frequency Network* e alla posizione delle emittenti locali nel primo arco di numerazione, sulle quali, per ragioni di completezza e sistematicità dell’indagine, giova richiamare gli orientamenti già espressi dalla Sezione (Tar Lazio, sez. III ter, 24 giugno 2011, n. 5633).

11.1 Contrariamente alle allegazioni della interveniente, va infatti considerato che la prospettata differenziazione regionale della numerazione automatica per le singole emittenti locali sarebbe contraria alle finalità imposte dal legislatore, che all’art. 32, comma 2, del Testo Unico, demanda all’Autorità di stabilire un *Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre* avente valenza su tutto il territorio nazionale.

Ne consegue che l’eventuale attribuzione alle emittenti nazionali di una numerazione differenziata per Regioni si porrebbe in contrasto con il suindicato criterio, privando il Piano di numerazione di quella valenza nazionale richiesta dal

legislatore; inoltre, tale attribuzione renderebbe estremamente complesso ed inefficiente l'utilizzo del sistema, venendo in contrasto con l'altro principio ispiratore della delibera n. 366/10 in esame, cioè quello della semplificazione per gli utenti (art. 32, comma 2, lett. a) del Testo Unico); infine, tale soluzione determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento all'interno di omogenee categorie di emittenti (nazionali generaliste e locali).

11.2 D'altra parte, la differenziazione regionale dell'ordinamento dei canali sarebbe priva di ragionevolezza anche sotto il profilo tecnico.

E invero le reti nazionali sono state previste nella pianificazione per la transizione al digitale come reti isofrequenziali (stessa frequenza per lo stesso operatore su tutto il territorio nazionale), perché l'utilizzo di una medesima frequenza comporta un notevole risparmio di risorse: pertanto, l'utilizzo ottimale della tecnica Sfn (*Single-frequency network*) postula che la trasmissione di un medesimo palinsesto abbia luogo con la stessa numerazione su tutto il territorio nazionale, e ciò al fine, sia di massimizzare l'uso delle frequenze, sia di evitare fenomeni di interferenze e conseguenti danni e disagi per tutti i soggetti, interessati in veste di utenti, emittenti od operatori di rete.

Questo importante beneficio, tuttavia, si realizza soltanto se il flusso numerico irradiato da ciascun trasmettitore appartenente alla stessa rete Sfn risulti identico, vale a dire, solo se i contenuti e i programmi dati, immessi nello stesso flusso numerico - ivi compreso il numero identificativo Lcn - siano perfettamente identici, dando così luogo all'effetto di rafforzamento del segnale; in caso contrario, segnali "non identici" diventano tra loro interferenti, andando ad incidere in modo distruttivo sul segnale totale desiderato, con conseguente grave degradazione delle prestazioni della rete.

Ne discende la necessità di postulare che i diversi soggetti presenti nel sistema televisivo a livello nazionale operino in maniera omogenea e coordinata su tutto il

territorio; correttamente, pertanto, nel definire il *Piano di numerazione automatica dei canali*, l'attribuzione della numerazione ad un canale a diffusione nazionale è stata concepita come unica, quale posizione individuale e unitaria, connessa al titolo abilitativo autorizzante la fornitura degli stessi contenuti audiovisivi su tutto il territorio nazionale.

12. L'accoglimento *in parte qua* del motivo in esame comporta l'annullamento delle seguenti disposizioni dell'All. A alla Delibera n. 366/10, in quanto discriminatorie nei confronti dei canali generalisti nazionali non ex-analogici:

- art. 3: in quanto contiene i criteri base di ripartizione della numerazione, che non prevedono l'attribuzione ai canali generali nazionali non ex-analogici di una numerazione consecutiva rispetto ai “canali generalisti nazionali” ex-analogici;
- artt. 4-8: in quanto presuppongono ed applicano i medesimi criteri base di ripartizione della numerazione.

13. Con il sesto mezzo la ricorrente, nel censurare la disciplina contenuta nell'art. 11, comma 6, del Regolamento LCN sulle condizioni di utilizzo della numerazione dell'LCN, in quanto troppo limitativa e derogatoria rispetto ai generali principi di commerciabilità dei beni aziendali e dell'avviamento commerciale, contesta i seguenti profili di illegittimità:

- la previsione di soli accordi tra operatori per lo “scambio” di numerazione e non anche per il “trasferimento” della medesima, benché questi ultimi non siano vietati dall'art. 32, lett. e) del Testo Unico;
- l'esclusione da qualsiasi possibilità di “scambio” delle prime nove posizioni dell'LCN, sebbene esse siano occupate da un numero chiuso di operatori (i “canali generalisti nazionali” ex-analogici) non più replicabili;
- la mancata previsione della possibilità di subentro nella numerazione di un altro operatore che non possenga già una numerazione dello stesso “genere”.

13.1 Le doglianze non meritano adesione nel loro complesso.

13.1.1 Osserva il Collegio che a norma dell'art. 32, comma 2, lett. e), del Testo Unico, uno dei criteri direttivi che l'Autorità deve seguire nell'adozione del Regolamento LCN è la *“definizione delle condizioni di utilizzo della numerazione, prevedendo la possibilità, sulla base di accordi, di scambi della numerazione all'interno di uno stesso genere, previa comunicazione alle autorità amministrative competenti”* (enfasi aggiunta). La previsione della sola possibilità di scambio di numerazioni tra esercenti canali riconducibili al medesimo genere è coerente con il criterio di pianificazione fondato sul raggruppamento dei canali di ciascun genere in un medesimo arco di numerazione.

E' la norma di rango primario, dunque, che consente gli scambi di numerazione soltanto all'interno di uno stesso genere, vale a dire all'interno dei generi di programmazione stabiliti, ed è sempre tale disposizione ad operare la distinzione tra “generi” solo con riguardo ai nuovi canali digitali e non già con riguardo ai “canali generalisti nazionali” ex analogici.

Per questi ultimi, il regolatore deve soddisfare il criterio del rispetto delle “abitudini e preferenze degli utenti” che, in effetti, appare difficilmente conciliabile con la possibilità di scambi.

13.1.2 D'altra parte, se si consentisse agli accordi contrattuali una ridefinizione complessiva (e non limitata a un singolo segmento) di tutto il sistema, verrebbero vanificate in modo irrimediabile le esigenze di programmazione e pianificazione che sottendono il settore e che hanno trovato espressione nell'adozione del Piano di numerazione automatica.

Pertanto, nessuna discriminazione – sotto alcuno dei profili denunciati dalla società ricorrente – è stata posta in essere ad opera della contestata previsione della Delibera.

13.1.3 Per completezza d'analisi va osservato che, nella specie, si verte in materia di utilizzo di codici numerici relativi a risorse soggette a una disponibilità limitata,

strumentali al raggiungimento di fini di ordine superiore, come l'apertura concorrenziale del settore televisivo digitale; è evidente, pertanto, che la facoltà di utilizzo delle numerazioni da parte dei soggetti assegnatari non può essere senza limiti ma va disciplinata onde conformarne l'utilizzo al raggiungimento degli interessi individuati dal legislatore e, sulla scorta di esso, dall'Amministrazione regolatrice.

14. Con il settimo motivo la ricorrente contesta l'articolo 7 del Regolamento LCN il quale prevede che alle "trasmissioni differite di uno stesso palinsesto, cui è stata già attribuita una numerazione nel primo arco di numerazione è riservata la numerazione nel secondo e terzo arco di numerazione, con attribuzione, ove possibile, di una posizione corrispondente a quella del primo arco, al fine di semplificare la memorizzazione e selezione dei canali da parte dell'utente".

14.1 L'odierna deducente obietta che una siffatta "riserva" obbligatoria di numeri del secondo e terzo arco di numerazione in favore delle "trasmissioni differite" così come la limitazione di tale riserva in favore dei soli canali collocati nel "primo arco di numerazione" e, per giunta, in "posizione corrispondente" a quella del primo arco non trova fondamento alcuno nell'art. 32 T.U. e pertanto essa, non solo sarebbe destituita di fondamento legislativo, ma risulterebbe altresì in contrasto con la finalità di assicurare «condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie» tra i vari operatori.

La ricorrente si duole, in particolare, della circostanza che in virtù di tale previsione i palinsesti differiti dei «canali generalisti nazionali» ex-analogici occuperanno le prime posizioni anche nel secondo e nel terzo arco di numerazione, risultando favoriti rispetto ai *newcomers* digitali.

14.2 Va premesso che, dovendo il Collegio disporre - in esito allo scrutinio del quarto e quinto motivo di ricorso - l'annullamento delle disposizioni del Regolamento LCN che non prevedono l'attribuzione ai "canali generali nazionali"

non ex-analogici – come la ricorrente - di una numerazione consecutiva rispetto ai “canali generalisti nazionali” ex-analogici, i lamentati effetti discriminatori dell’art. 7 di cui al presente motivo di ricorso si appalesano molto ridimensionati nei confronti dei *newcomers* digitali; è pertanto difficile apprezzare la persistenza, in capo alla odierna ricorrente, di un interesse attuale e residuo alla censura in esame.

14.3 In ogni caso, la doglianza non merita adesione.

Osserva infatti il Collegio che, per le trasmissioni differite di uno stesso palinsesto cui sia stata già attribuita una numerazione nel primo arco di numerazione, la disposizione censurata non introduce una “riserva” di numerazione nei successivi archi di numerazione che vada oltre il dettato legislativo, bensì prevede un mero “principio di replicazione” degli stessi criteri di attribuzione della numerazione stabiliti per il primo arco. La norma, pertanto, da un lato non è abbisognevole di specifica conforme previsione legislativa, dall’altro, essendo in sé adiafora, non risulta in contrasto con alcuna disposizione del richiamato art. 32 del Testo Unico. Al contrario, essa cospira alla definizione del nuovo sistema di numerazione - ispirato al criterio, dettato dal legislatore, della semplicità d’uso (art. 32, comma 2, lett. a), del Testo Unico) - utilizzando un principio semplice e razionale, considerata la maggiore facilità, per lo spettatore medio, di memorizzare una ripartizione della numerazione basata sulla iterazione.

15. Sono inammissibili le censure di cui all’ottavo motivo di ricorso, relativo ai criteri di assegnazione di blocchi di numeri alle offerte televisive a pagamento diffuse mediante la piattaforma DTT, per difetto di interesse all’impugnazione da parte della ricorrente; e invero Sky non svolge attività di *pay* TV sulla piattaforma DTT, ciò che gli sarebbe peraltro precluso dagli Impegni assunti nei confronti della Commissione Europea (decisione C (2003) 1082 - Comp/M2876 del 2.4.2003).

16. Con il nono motivo la ricorrente contesta la disposizione dell'art. 6, comma 4, del Regolamento LCN, che per l'attribuzione in ciascun sottoblocco della numerazione ai canali nazionali già irradiati in tecnica digitale terrestre, indica parametri di valutazione fondati sulla data di avvio delle trasmissioni e sull'*audience*, *“con particolare riguardo ai canali irradiati dai soggetti che hanno avuto accesso al quaranta per cento della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri ai sensi della delibera n. 645/07/Cons”*.

La ricorrente denuncia in particolare il trattamento privilegiato (*“particolare riguardo”*) concesso ai soggetti di cui alla suindicata delibera.

La specifica doglianza si appalesa meritevole di adesione.

Osserva il Collegio che il trattamento preferenziale che la norma sembra contemplare per i soggetti in questione non è previsto dall'art. 32 del T.U., laddove esso detta i principi e i criteri direttivi per le modalità di attribuzione della numerazione LCN; e la mancanza di una previsione dai rango legislativo in tal senso è tanto più significativa in quanto il Testo Unico, come osservato dalla ricorrente Sky, allorquando ha inteso introdurre un trattamento preferenziale in favore di alcune tipologie di canali, lo ha fatto esplicitamente, come nel caso della *“programmazione delle emittenti locali di qualità e quella legata al territorio”* (art. 32, comma 2, lett. c, 2° periodo).

Orbene, in assenza di un'analoga previsione in favore dei soggetti di cui alla citata delibera n. 645/07, il titolo preferenziale introdotto dall'Autorità appare porsi in contrasto con i principi di equità, trasparenza e non discriminazione esplicitamente richiamati nell'art. 32 tra i fini dell'attività regolatoria in materia.

In tali limiti il motivo è fondato e il suo accoglimento conduce all'annullamento dell'art. 6, comma 4, dell'All. A alla Delibera n. 366/10, limitatamente all'inciso *“con particolare riguardo della delibera n. 645/07/Cons”*.

17. Così concluso l'esame dei motivi di gravame proposti avverso la delibera Agcom n. 366/10 il Collegio, per le argomentazioni sin qui svolte, deve accogliere il ricorso nei limiti e nei sensi suindicati e, per l'effetto, annullare *in parte qua* la delibera con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di rinnovare il procedimento.

18. Il disposto annullamento della Delibera determina il travolgimento, per illegittimità derivata, delle corrispondenti disposizioni contenute nei successivi Bandi ministeriali adottati dall'intimato Ministero per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN nelle aree tecniche già digitalizzate nonché nelle aree tecniche da digitalizzare, gravate dalla ricorrente con i rimanenti motivi di ricorso, e ciò in ragione del vincolo di presupposizione che insiste fra l'atto regolatorio in controversia e le due determine suddette. Ne consegue che, come dedotto con il decimo motivo di ricorso, la statuizione di annullamento *in parte qua* della delibera n. 366/10 non può che riverberare i suoi effetti caducatori anche sui Bandi ministeriali ridetti, che vanno dunque annullati *in partibus quibus* con assorbimento delle altre censure proposte in via subordinata.

18.1 Ciò posto, allo scopo di orientare il successivo corso dell'attività ministeriale di rinnovazione dei procedimenti onde conformarli alla decisione demolitoria, il Collegio reputa comunque opportuno scrutinare nel merito le ulteriori censure per le quali pur tuttavia residui un interesse della ricorrente all'impugnazione.

19. Con l'undicesimo motivo si contesta la competenza del direttore del Dipartimento Comunicazioni della DGSCER a sottoscrivere i Bandi emessi in base alla delibera n. 366/10, assumendosi che gli stessi, quali atti di gestione attiva, avrebbero dovuto essere adottati soltanto dal Direttore Generale della Direzione suddetta.

Il Collegio, discostandosi dall'orientamento già espresso sulla questione (Tar Lazio, III ter, 1° agosto 2011, n. 6814), in seguito ad una più approfondita riflessione ritiene di accogliere la censura in esame.

Invero, va premesso che ambedue i Bandi riportano la intestazione: “Ministero dello Sviluppo Economico - Dipartimento Comunicazioni - Direzione Generale per i Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione” mentre sono stati sottoscritti dal “Capo Dipartimento: Dr. Roberto Sambuco”; peraltro, nel preambolo dei suddetti Bandi non si fa riferimento ad alcuna disposizione, generale o particolare, che autorizzi il Capo Dipartimento ad adottare atti di gestione attiva (come i due Bandi), che sono di spettanza del Direttore generale della competente DGSCER.

Tuttavia, a norma dell'art. 5, comma 3, del d.lgs 30 luglio 1999, n. 300 (recante “Riforma dell'organizzazione del Governo”) “Il capo del dipartimento svolge compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici di livello dirigenziale generale compresi nel dipartimento stesso, al fine di assicurare la continuità delle funzioni dell'amministrazione ed è responsabile dei risultati complessivamente raggiunti dagli uffici da esso dipendenti, in attuazione degli indirizzi del ministro”. Dall'esame della complessiva disciplina di cui sopra si evince che “I dipartimenti, quali strutture costituite per assicurare l'esercizio organico ed integrato delle funzioni dei ministeri, con attribuzione di grandi aree di materie omogenee e dei relativi compiti strumentali, postulano per un verso l'attribuzione al capo del dipartimento solo di “compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici di livello dirigenziale generale compresi nel dipartimento stesso (...)” (art. 5, comma 2, primo periodo, del d.lgs. 300/1999), con riserva agli altri uffici del dipartimento delle competenze di amministrazione attiva, e per altro verso la concentrazione nel dipartimento anche dei compiti di “organizzazione e (...) di gestione delle risorse strumentali, finanziarie ed umane ad essi attribuite” (art. 5,

comma 1, ult. periodo, del d.lgs. 300/1999) (così: Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, parere 8 marzo 2004, n. 2490).

Inoltre va considerato che gli artt. 18 e 20 del d.p.r. 28 novembre 2008 n. 197 (recante il *Regolamento di riorganizzazione del Ministero dello Sviluppo economico*) riaffermano la tipica distribuzione di funzioni e competenze tra il Capo del Dipartimento Comunicazioni ed il Direttore generale della DGSCER.

In particolare, a norma dell'art. 20 citato, la Direzione Generale per i servizi di comunicazione elettronica e di radiodiffusione svolge le funzioni e i compiti di spettanza del Ministero, tra l'altro, nei seguenti ambiti: disciplina di regolamentazione per i settori delle comunicazioni elettroniche e della radiodiffusione; rilascio dei titoli abilitativi per l'espletamento dei servizi di comunicazione elettronica e di radiodiffusione; assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per i servizi di comunicazione elettronica e radiodiffusione e dei diritti d'uso delle numerazioni.

Ne discende che, nel caso di specie, il Capo Dipartimento non aveva alcuna autonoma competenza ad adottare i due Bandi impugnati che pertanto sono viziati anche sotto il profilo della incompetenza .

20. Con il dodicesimo motivo la ricorrente denuncia taluni profili di illegittimità degli artt. 3 dei due Bandi, contenenti i parametri di valutazione per l'attribuzione delle numerazioni dei canali digitali terrestri a diffusione nazionale in chiaro, fondati sull'*audience*, sulla data di avvio delle trasmissioni e sulla tipologia di programmazione di ciascun canale stabiliti dall'Amministrazione. In particolare Sky contesta la circostanza che, ai criteri già contenuti nell'art. 6, comma 4, del Regolamento LCN, gli artt. 3 in esame aggiungono alcune integrazioni e, in particolare:

“- la specificazione che il dato di ascolto medio giornaliero o equivalente, valutabile ai fini dell’attribuzione dei numeri, è solo quello relativo al periodo “*dal 1° aprile al 30 giugno 2010*”;

- l’aggiunta secondo la quale i due parametri (data di avviamento del programma e *audience*) su cui effettuare la valutazione comparativa tra i vari richiedenti avrebbero “*un valore rispettivamente pari al 50%*””.

20.1 Le suddette integrazioni sarebbero illegittime, la prima perché non è prevista né nell’art. 32 t.u., né nell’art. 6, comma 4, del Regolamento LCN ed inoltre richiede la produzione di un dato cronologicamente anteriore a quello di diffusione dei Bandi e dei relativi criteri; la seconda perché l’attribuzione a ciascuno dei due criteri di un valore pari al 50% ciascuno non è prevista né dal legislatore né dall’Autorità e sarebbe comunque inidonea ad esplicitare come verranno concretamente attribuiti i relativi punteggi.

20.2 In via preliminare è agevole osservare che l’*audience*, la data di avvio delle trasmissioni e la tipologia di programmazione sono parametri indicati dall’art. 6, comma 4, del Regolamento LCN, in modo che appare coerente con il criterio normativo di cui all’art. 32, comma 2, lett. b), del Testo Unico (“*abitudini e preferenze degli utenti*”); e le previsioni dei Bandi relative al periodo rilevante per l’indicazione dell’*audience* e per l’identificazione della programmazione rispondono, nell’esercizio della discrezionalità amministrativa, all’ovvia esigenza di garantire la confrontabilità tra le posizioni dei vari partecipanti alla gara su base adeguatamente omogenea, e pertanto non sono censurabili se non nei limiti della manifesta illogicità e irragionevolezza.

20.3 Orbene, a parere del Collegio, le censure della ricorrente sono condivisibili soltanto con riguardo al profilo della retrodatazione, rispetto alla data di diffusione dei Bandi, del periodo rilevante ai fini della valutazione dei dati di ascolto.

E infatti, in assenza di un obbligo di legge o regolamentare per i canali digitali nazionali a far rilevare la loro *audience*, la previsione da parte del Ministero della produzione di dati cronologicamente anteriori oltre che illogica può risultare iniqua e discriminatoria.

L'utilizzo del dato dell'*audience*, al contrario, ha un senso solo se riferito ad un periodo successivo a quello di diffusione dei Bandi, sì da consentire a tutti i partecipanti di offrire il dato richiesto e di acquisire il relativo punteggio.

Il motivo in rassegna è pertanto fondato e va accolto in questi limiti.

21. Per le considerazioni svolte è da accogliere anche la connessa censura svolta con il quindicesimo motivo, con cui si contestano gli artt. art. 1, comma 2, dei due Bandi, laddove sembrerebbero voler sanzionare con l'esclusione l'ipotesi in cui il partecipante non produca il dato relativo all'*audience*, come sopra indicato (*"il dato di ascolto medio giornaliero o equivalente conseguito dal 10 aprile al 30 giugno 2010 nonché la fonte di rilevazione"*).

22. Come già l'ottavo motivo di ricorso, anche il tredicesimo mezzo presenta profili di inammissibilità per difetto di interesse all'impugnazione da parte della ricorrente, in quanto relativo ai criteri di attribuzione dei numeri dell'LCN per gli operatori delle offerte televisive a pagamento, di cui agli artt. 4 dei due Bandi; l'esame delle relative censure deve dunque ritenersi precluso al Collegio.

23. Infondato è infine il quattordicesimo motivo con cui si denuncia l'illegittimità degli artt. 1, comma 2, lett. c), dei due Bandi, laddove essi sembrano voler definire lo specifico genere di programmazione "tematico" dei canali dei partecipanti alla procedura (semigeneralista, bambini e ragazzi, informazione, etc.) sulla base del solo *"palinsesto tipo del mese di giugno 2010"*.

La scelta del Ministero di limitare i palinsesti rilevanti ai fini dell'attribuzione a ciascun canale di uno specifico genere tematico non troverebbe giustificazione alcuna né nell'art. 32, t.u. né nell'art. 6 del Regolamento LCN.

Le doglianze non possono essere condivise in quanto le previsioni in esame relative al periodo rilevante per l'identificazione e la valutazione del palinsesto rispondono, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa del competente Ministero, all'ovvia esigenza di garantire la confrontabilità tra le posizioni dei vari partecipanti alla gara su base adeguatamente omogenea, e pertanto esse non sono censurabili se non nei limiti della manifesta illogicità e irragionevolezza che, nella specie, non ricorrono.

24. All'esito dell'esame del ricorso introduttivo, il disposto annullamento della Delibera e dei Bandi ministeriali per l'attribuzione delle numerazioni dell'LCN determina il travolgimento, per illegittimità derivata, delle corrispondenti disposizioni degli atti successivi gravati con motivi aggiunti; detti atti, pertanto, come dedotto con il motivo aggiunto sub A), debbono essere annullati *in partibus* facendo peraltro salvo l'esame delle ulteriori censure proposte, in vista dell'effetto conformativo della decisione demolitoria.

25. Con il motivo aggiunto sub B) la ricorrente, analogamente a quanto dedotto con il motivo di ricorso undicesimo, contesta la competenza del direttore del Dipartimento Comunicazioni della DGSCER ad adottare la Determina del 22 novembre 2010, assumendo che la stessa, quale atto di gestione attiva, avrebbe dovuto essere adottata soltanto dal Direttore Generale della Direzione suddetta; la censura merita adesione per le considerazioni già svolte, cui si rinvia (cfr. par. 19).

26. Con il motivo aggiunto sub C) Sky contesta la Determina del 22 novembre 2010 – che ha previsto tra l'altro l'immediata applicabilità della disciplina contenuta nel Regolamento LCN anche ai canali nazionali per le aree tecniche che verranno digitalizzate negli anni 2011 e 2012 - assumendone l'illegittimità per vizi propri corrispondenti a quelli trascritti nei motivi dal primo al quindicesimo del ricorso principale.

Il motivo merita adesione, nei sensi e nei limiti in cui sono stati accolti i complessivi motivi articolati con il ricorso introduttivo, al cui esame si fa rinvio.

27. Con il motivo aggiunto sub D) Sky contesta la Determina adottata dalla DGSCER il 24 novembre 2010 e l'atto integrativo dell'allegato 1 della predetta determina, adottato il 6 dicembre 2010, che hanno qualificato i canali "Cielo" e "Cielo 2" come canali "semigeneralisti" assegnando loro le posizioni n. 26 e 131, deducendo il difetto di motivazione e di istruttoria nonché tutti i vizi denunziati nei motivi quarto e quinto del ricorso principale.

Il motivo è fondato.

Quanto al lamentato difetto di motivazione è agevole osservare che il Ministero, nel disattendere palesemente le richieste formulate dalla ricorrente in merito all'assegnazione della numerazione automatica ai canali "Cielo" e "Cielo 2" quali "canali generalisti nazionali", avrebbe dovuto fornire una congrua motivazione sulla diversa qualificazione di detti canali come "semigeneralisti" e la conseguente attribuzione di posizioni molto distanti da quelle richieste dall'interessata; tale motivazione, invece, nella specie è mancata e pertanto la censura in esame merita adesione..

Per le ulteriori censure richiamate dalla ricorrente sia consentito il rinvio alle ampie argomentazioni già svolte (sub parr. da 9 a 10.12), che hanno condotto all'accoglimento del quarto motivo di ricorso e all'accoglimento *in parte qua* del quinto.

28. Può infine ritenersi assorbita, sia per il decorso del termine che per la statuizione di annullamento disposta con la presente decisione, la censura svolta con il motivo aggiunto sub E), che contesta la prevista attivazione entro il 26 novembre 2010 della numerazione automatica assegnata soltanto il precedente 24 novembre.

29. Per le considerazioni complessivamente svolte, il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati e debbono essere accolti nei limiti e nei sensi di cui in motivazione con conseguente annullamento *in partis quibus* degli atti impugnati ed obbligo delle competenti Amministrazioni di rinnovare i rispettivi procedimenti, conformemente ai principi e criteri enucleati con la presente decisione.

30. La complessità e la ponderosità delle questioni trattate possono costituire giusta causa di compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in *partis quibus* gli atti con essi impugnati.

- compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 luglio, 6 ottobre e 3 novembre 2011, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Rosa Perna, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)